# قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن

I

رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص

من إعداد
جبار محمد



معهد الحقوق والعلوم الإدارية - ابن عكنون
جامعة الجزائر

تحت إشراف الأستاذ
الدكتور علي علي سليمان



أعضاء اللجنة

الأستاذ الدكتور رئيسًا
الأستاذ الدكتور مقررًا
الأستاذ الدكتور
الأستاذ الدكتور
الأستاذ الدكتور

## قائمة بأهم المصطلحات الأجنبية المستخدمة

## LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

| | |
|---|---|
| Al. | : Alinéa. |
| AJCL | : American Journal of Comparative law. |
| Art. | : Article. |
| B.G.B | : Bürgerliches Gesetzbuch (code civil allemand). |
| BIRD | : Banque internationale pour la reconstruction et le développement. |
| Bull. | : Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation française (chambres civiles). |
| BYBIL | : The British Yearbook of International Law. |
| Cass. | : Cour de cassation (française). |
| - Civ. | : Cour de cassation, chambre civile, section civil |
| - Com. | : Cour de cassation, chambre civile, section commerciale. |
| - Soc. | : Cour de cassation, chambre civile, section socia |
| Chron. | : Chronique. |
| C. Civ. | : Code civil algérien. |
| C. Civ. fr. | : Code civil français (Code Napoléon). |
| CCI | : Chambre de commerce internationale. |
| CIRDI | : Centre international pour le réglement des différends relatifs aux investissements. |
| Clunet | : Journal du droit international. |
| Concl. | : Conclusions. |
| CNUCED | : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. |
| D. | : Recueil Dalloz. |
| D.H. | : Recueil Dalloz hebdomadaire. |
| D.P. | : Recueil Dalloz périodique. |
| DMF | : Droit maritime français. |
| DPCI | : Droit et pratique du commerce international. |
| G.P. | : Gazette du Palais. |
| ICLQ | : International and comparative law quarterly. |
| IHEI | : Institut des hautes études internationales. |
| IUHEI | : Institut universitaire des hautes études internationales. |
| J.-Cl. dr. int. | : Juris-Classeur de droit international. |

.../...

.../...

| | |
|---|---|
| J C P | : Juris-Classeur périodique ( la semaine juridique). |
| LGDJ | : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. |
| P U F | : Presses Universitaires de France. |
| Recueil de cours | : Recueil de cours à l'académie de droit international de la Haye. |
| Rép. Dalloz dr. int. | : Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international privé. |
| R. | : Revue critique de droit international privé( depuis 1947). Antérieurement: Revue de droit international privé et du droit pénal international (1905-1921); Revue de droit international privé (1922-1933); Revue critique de droit international (1934-1946). |
| Rev. arb. | : Revue de l'arbitrage. |
| R D I D C | : Revue de droit international et de droit comparé. |
| R I D Comp. | : Revue internationale de droit comparé. |
| Rev. sc. jur.,pol., et écon. | : Revue des sciences juridiques, politiques et économiques. |
| R T D Civ. | : Revue trimestrielle de droit civil. |
| R T D Com. | : Revue trimestrielle de droit commercial. |
| R T D Comp. | : Revue trimestrielle de droit comparé. |
| Riv. dir. int. pr. e. proc. | : Rivista di diritto internazionale privato e processuale. |
| S. | : Sirey, Recueil général des lois et arrêts. |
| SNED | : Société Nationale d'Edition et de Diffusion. |
| Spéc. | : Spécialement. |
| S. Ct. | : Supreme Court Reports (Etats-unis). |
| Trav. com. fr. de dr. int. pr. | : Travaux du comité français de droit international privé. |

- - - - - - - - - - -

# مقدمة

ان اختياري " لقانون العقد و المسئولية العقدية" كموضوع لهذه الرسالة يرجع الى اعتبار ين أساسيين : يتمثل أولهما في حبي لمادة القانون الدولي الخاص التي أتولى مهمة تدريسها منذ مارست وظيفة التدريس الجامعي بمعهد الحقوق و العلوم الادارية بجامعة وهران ويتجلى ثانيهما في الأهمية التي تكتسيها العقود الدولية في الوضع الراهن و المشاكل العويصة التي تصاحبها سواء فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها أو فيما يخص بيان المسئولية التي تترتب على الاخلال بها من حيث شروط قيامها و الآثار الهامة (خاصة المالية منها) التي قد تترتب على تحققها.

نعم، قد يبدو لأول وهلة أن البحث في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يعتبر أمرا تقليديا. ومما قد يساعد على هذا الاعتقاد هو أن هذا الموضوع قد لقي اهتماما بالغا من لدن رجال القانون الدولي الخاص الذين أولوه عناية فائقة سواء بأبحاث مستفيضة ومستقلة أو بتخصيصهم له قسطا وافرا من الدراسة في موء لفاتهم العامة. كما أنه مما قد يدعو الى اعتبار هذا الموضوع تقليديا هو تفضيل رجال الأعمال أسلوب "العقود النموذجية" في عقود هم التي يتولون ابرامها، وهي نماذج كثيرا ما تهتم بوضع حلول مفصلة لمختلف المشاكل التي قد تعترض تنفيذ العقود الدولية أو تفسيرها و التي تبرم على هداها، و أن أطراف العقود الدولية كثيرا ما يوء ثرون عرض المنازعات التي قد تطرأ بشأن هذه العقود على هيئات تحكيمية متخصصة، وحجتهم في ذلك أن هذه الهيئات تمتاز بمراعاتها لمعطيات التجارة الدولية و أنها من ثم أكثر قدرة على خلق نظام قانوني خاص لحكم العلاقات التجارية الدولية. و قد ترتب على ذلك أن أصبحت نظرية " العقد الذي لايستند لأي قانون " تكتسي الأهمية التي كان واضعوها يصبون اليها، و شاع القول بأن هناك نظاما قانونيا خاصا اصطلح على تسميته بـ"قانون التجار" بزغ في الأفق لحكم العلاقات التجارية الدولية عامة والعقود

الدولية بالتبعية باعتبارها وسيلة لتحقيق هذه العلاقات .

على أنه وان كان التطبيق الدولي قد ساعد على خلق قواعد خاصة بالعلاقات التجارية الدولية ، فان ذلك لا يمنع من التأكيد على حقيقة مؤداها أن الرجوع الى القوانين الوطنية يبقى أمرا ضروريا وواجبا . والدليل على ذلك هو أن حل المنازعات التي قد تنشأ عن العقود الدولية كثيرا ما يعرض على جهة قضاء وطني فيكون القاضي المختص مضطرا الى فضها وهو في سبيل قيامه بذلك لا يجد أمامه سوى الرجوع الى قواعد الاسناد الواردة بقانونه الوطني والتي يؤدي اعمالها اما الى تطبيق قانونه الوطني واما الى أعمال الأحكام الواردة بقانون أجنبي . كما أن التطبيق الدولي مهما قيل في الدفاع عن وجوده المستقل لم يصل بعد كما سيتضح لنا في تحليلاتنا اللاحقة الى درجة الكمال بحيث يمكن الحديث في الوقت الحالي عن نظام قانوني مستقل يكفي نفسه بنفسه لحكم العقود الدولية . ولعل خير دليل على ذلك هو أن المحكمين كثيرا ما يضطرون الى تكملة القواعد التى يحاولون صياغتها بأحكام مستمدة من القوانين الوضعية (الوطنية ) .

واذن فاللجوء الى قانون وطني لحكم العقد الدولي يبقى أمرا ضروريا ولازما .

واذا كان تحديد قانون العقد ( أى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ) يعتبر أمرا مهما ، فان هذه الأهمية تزداد حينما يجرى البحث عن كيفية تحديد هذا القانون وبيان مجال أعماله .

فكيفية تحديد هذا القانون كانت ولا تزال مجال جدل فقهي حاد ، ولذلك فلا غرابة في أن نجد باحثا قد خصص لها حديثا رسالة لبحث الاتجاهات المختلفة التي ظهرت بصددها

كما أن تحديد مجال أعمال قانون العقد يعتبر أمرا هاما . لأن تحديد هذا المجال يدعونا الى الخوض في مسألة وحدة العقد أو تجزئته . ذلك أنه اذا لجأنا الى اعتماد قانون

---

(1) J-M JACQUET ; principe d'autonomie et contrats internationaux, Edition Economica, Paris 1983.

واحد وطبقناه على كل المسائل التي قد تثار بشأن العقد الدولي فاننا اذن نعمل على تحقيق وحدة العقد . أما اذا فتحنا المجال لتطبيق أكثر من قانون بصدد نفس العقد الدولي ، وهو ما قد تدعو اليه الاعتبارات الراهنة أمام كثرة قوانين البوليس التي ترتبت على ازدياد تدخل الدولة في تنظيم العلاقات الاقتصادية الدولية ، فاننا بذلك نعمل على تجزئة العقد الدولي . ولكل من الاحتمالين أهميته ، وهي أهمية لا يمكننا اكتشافها الا بعد البحث عن نطاق أعمال قانون العقد ، وتحديد ما اذا كان هناك قانون واحد كفيل بأن يحكم وحدة العقد الدولي بكامله ، أو أن هناك ضرورة تقتضي تطبيق قوانين أخرى الى جانبه ، مع بيان ما اذا كان تطبيق هذه القوانين الأخرى يمس مبدأ وحدة العقد أولا .

واذن ، فانه مهما كانت الحجج المقدمة لاضفاء طابع تقليدي على مسألة البحث في قانون العقد ، فان هذه الحجج تبقى مفتقرة الى جانب كبير من الصحة ولا تصمد أمام حقائق الوضع القانوني الراهن ، بحيث يمكن القول بأن هذا الموضوع يبقى موضوع الساعة خاصة أمام سعي المحكمين ورجال الأعمال الى خلق نظام قانوني " دولي " يعلو على كل الأنظمة القانونية الوضعية ويستقل عنها .

واذا كان البحث في قانون العقد يعتبر أمرا مهما رغم ما قد يقال عن طابعه التقليدي ، فان البحث في المسئولية العقدية التي قد تترتب على الاخلال بعقد دولي يعتبر أكثر أهمية . وسبب هذه الأهمية يكمن في كون هذا الموضوع لم يلق حتى الساعة كل العناية التي يستحقها من رجال القانون الدولي الخاص . فاذا ما استثنينا رسالة الأستاذة : آني توبيانا (1) ، فاننا نلاحظ أن جل الباحثين ، شأنهم في ذلك شأن مؤلفي المطولات ، قلما يعطون هذا الموضوع كل الأهمية التي يستحقها ، بل يقتصرون على تخصيص فقرات محدودة له كما ونوعا ان لم يهملوه كلية بالرغم من الأهمية التي يكتسيها في اطار العلاقات الدولية الخاصة .

---

(1) Annie TOUBIANA, le domaine de la loi du contrat en droit international privé(contrats internationaux et dirigisme économique), thèse,Ed. Dalloz, Paris 1973.

خـطة الدراسة :

وقد قسمت رسالتي الى تمهيد وقسمين وخاتمة .

ففي التمهيد تعرضت للتطورات التي عرفها قانون الارادة ، وأشرت الى الاشكالات التي تطرحها مسألة تحديد ماهية العقد الدولي وأثرت تساؤلا يتعلق بالبحث في مدى امكان مدّ ما اصطلح على تسميته بقانون العقد ، أي القانون الذي يحكم العقد الدولي ، ليشمل المسائل التي تثار في اطار المسئولية العقدية .

وحللت القسم الأول الذي ركزت فيه على تحديد قانون العقد وبيان مجال أعماله في بابين .

فتعرضت في الباب الأول لتحديد ماهية العقد الدولي .

وعرضت لذلك في فصلين بحثت في أولهما الجدل الفقهي الصاخب الذي ظهر بصدد تحديد هذه الماهية والذي أدى الى خلق معايير ثلاثة تتأرجح بين معيار قانوني يقف عند حد الضوابط القانونية ، ومعيار اقتصادي يعتد بمعطيات التجارة الدولية ، الى معيار ثالث ينادي بتطبيق هذين المعيارين تطبيقا جامعا . وحللت في ثانيهما موقف القضاءين الفرنسي والأمريكي من هذا الجدل الفقهي باعتبارهما قد أضفيا اهتماما خاصا على هذه المسألة .

وخصصت الباب الثاني لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، فحللت معطيات نظرية العقد المتجرد من كل قانون وأبرزت الأسباب التي تدعو الى استبعادها ، وأوضحت أن المبدأ المستقر عليه حديثا هو وجوب اخضاع العقد الدولي لقانون يحكمه وأن هذا المبدأ لم يعتمد فقط على مستوى الأنظمة القانونية الداخلية (الوطنية) بما في ذلك النظام القانوني الجزائري ، وانما كان له صداه أيضا على المستوى الدولي .

ثم تناولت بالدراسة الاتجاهات الفقهية التي ظهرت بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي أو ما اصطلح على تسميته بقانون العقد ،فحصرتها في ثلاثة اتجاهات. الاتجاه الاول ذو النزعة الذاتية التي تقصر اهتمامها كله على ارادة المتعاقدين وحدها ،و الاتجاه الثاني ذو النزعة الموضوعية التي تتبنى فكرة التركيز الموضوعي للعقد وترى أن ارادة الاطراف المتعاقدة ليست سوى مجرد عنصر يساعد القاضي على القيام بعملية التركيز، و الاتجاه الثالث ذو النزعة الذاتية المعتدلة التي حاولت التوفيق بين النزعتين السابقتين ،فاعتمدت مبدأ ازدواجية الرابطة العقدية .

ثم عمدت الى ابراز مدى تأثر الانظمة القانونية المختلفة بهذه النزعات الفقهية الثلاث، وتناولت بالتفصيل المادة 18 مدني جزائري فأبرزت ضابطي الاسناد اللذين اعتمدهما مشرعنا في هذه المادة ،و تناولت تحليل الفقرة الاولى من هذه المادة التي اعتمدت كمبدأ عام تطبيق قانون الارادة ،فبينت ماهية هذا الضابط، وكيفية تحديده، و مجال اعماله سواء فيما يخص انشاء العقد الدولي أو آثاره .

و أخيرا عالجت معطيات الاتجاه الحديث القائم على فكرة وجوب تحرير العقد من كل صلة بالقوانين الوطنية مع اخضاعه لأحكام مستقلة خاصة بالعقود الدولية والتي تجد أساسها في أعراف و عادات التجارة الدولية . فدرست معطيات هذا الاتجاه في اطار كل من العقود الدولية المبرمة بين الخواص وفي اطار ما اصطلح على تسميته بعقود الدولة .

وفيما يخص القسم الثاني من الرسالة ،تناولت فيه بالتحليل تساؤلا جديرا بالاهتمام في الوقت الحاضر ،يتعلق بتحديد مدى قدرة قانون العقد (أي القانون الذي يحكم العقد الدولي ) على حكم المسائل التي تثار في مجال المسئولية العقدية .

وللاجابة على هذا التساؤل الجوهري و الحساس ،خصصت أبوابا ثلاثة .

فأما الباب الاول فقد عرضت فيه لكيفية حل التنازع التشريعي الذي قد يطرأ بصدد

ما أسميته بالمسائل الدولية التي تثار بصدد المسئولية المدنية ،فأبرزت أهمية تحديد طبيعة المسئولية المدنية من حيث كونها عقدية أو تقصيرية في كل من المجاليـــن : الداخلي والدولي الخاص ،وعرضت للقانون الذى يتعين على هداه تحديد طبيعـــة هذه المسئولية ،وبينت الاعتبارات التي تدعو الى اعتماد قانون القاضي لاجراء هذا التحديد ،والانتقادات الفقهية التي وجهت الى هذا الحل والاقتراحات المقدمة كبديل له . كما حللت الفرض المتعلق ببيان القانون الواجب التطبيق على الفعـــل الضار المصاحب للعقد غير المنفذ .

وأما الباب الثاني فقد خصصته لدراسة كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على المسئولية العقدية من حيث شروط قيامها واعمالها وانقضائها . فبدأت بتحليل أحكام المسئولية العقدية على ضوء القانون الجزائرى ،سواء فيما يتعلق بالشروط المتطلبة لقيامها أو فيما يخص الشروط المتطلبة لاعمالها .

ثم انتقلت الى تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط المتعلقـــة بالمسئولية العقدية سواء منها تلك الشروط المتطلبة لقيام المسئولية العقديـــة أو الشروط التي يتطلب في الدائن استيفاؤها حتى يمكنه اعمال الأحكام المتعلقة بهذه المسئولية . فحللت ذلك بالنسبة الى الخطأ العقدى الذى قد يصدر عـــن المدين ،والضرر الذى قد يلحق الدائن ، وعلاقة السببية القائمة بين الخطـــأ والضرر . كما أوضحت القانون الذى يتعين اعتماده لحكم الشروط التي يتطلـــب المشرع في الدائن استيفاءها لأعمال قواعد المسئولية العقدية والتي تتحـــدد بشرط الاعذار باعتباره شرطا مشتركا بين كل العقود والاحتجاج في مجال عقدى البيع ونقل البضائع سواء فيما يخص كيفية اجراء هذا الاحتجاج أو الأجل الذى يجب أن يقدم خلاله .

في حين أن الباب الثالث عرضت فيه لتحليل التساؤلات المتعلقة بالتعويض كأثر مترتب على قيام مسئولية المدين العقدية ،فبينت القانون الذي يحكم التعويض النقدى سواء بالنسبة الى كيفية تحديده أو العملة التي يتم على ضوئها تحديد مقداره والوفاء به ، وأوضحت القانون الذى قد يسرى في حالة الفرض الخاص المتعلق بترك السفينة باعتباره أحد الأساليب المعتمدة في مجال التعويض بمقابل .

وأنهيت هذه الرسالة بخاتمة عامة عرضت فيها النتائج التي توصلت اليها .

هذا ،ولا يفوتني أن أشير الى أنني ، الى جانب قيامي بأعباء التدرس ومتطلبات الحياة الأسرية ، قد قضيت ردحا هاما من الزمن في اعداد هذه الرسالة ،فتنقلت داخل الوطن وخارجه لكي أطلع على ما كتب في هذا الموضوع قديما وحديثا .

كما لا يفوتني أن أتقدم لاستاذى الفاضل الدكتور علي علي سليمان بالشكر على تحمله عبء الاشراف على هذه الرسالة الى جانب مهامه الكثيرة ، وعلى ارشاداته القيمة التى قدمها لى طوال اعدادى لها ، ومتابعته المتواصلة لعملى ، فكان خير معين لى على اعداد هذه الرسالة وظهورها فى هذه الصورة . ولان كنت قد وفقت فيها فذلك فضل من الله ونعمة منه ، وان كانت تشوبها عيوب فما تلك الا لازمة لكل انسان والكمال لله وحده.

فى : 1987/02/15

الطالب : جبار محمد

# القسم الأول

## تحديد قانون العقد وبيان مجال إعماله

تمـــهيـــد :

اذا كانت غالبية التشريعات قد استقرت حديثا على اخضاع العقد الدولي لقانون الارادة ،فان هذا المبدأ لم يكن ليستقر دفعة واحدة وبدون منازع .

فتحديد ماهية العقد الدولي كان ولايزال مثار جدل واسع، كما أنه يثير حتى الساعة الكثير من الاشكالات فيما يتعلق بالضوابط التي يتعين الاعتداد بها لاضفاء الصفة الدولية على عقد ما أو لانكارها عنه .

كما أن بيان القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي قد عرف نوعا من التطور (1) اذ اختلف تحديد هذا القانون باختلاف المدارس الفقهية .

فقد كان فقهاء المدرسة الايطالية يقررون اخضاع العقد لقانون محل ابرامه، أي لقاعدة ( Locus regit actum ) سواء فيما يتعلق بشكله أو بموضوعه .

ولتبرير ذلك فان الفقيه كورسيوس ( CURTIUS ) كان يقرر أن اخضاع العقد الدولي لقانون محل ابرامه يكمن في أن الطرفين المتعاقدين، بابرامهما عقدهما بدولة معينة، تكون ارادتهما قد اتجهت ضمنا الى اختيار هذا القانون لحكم العقد المبرم (2).

ثم جاء بارتول ( BARTOLE ) فارتأى أن يميز، بصدد العقد الدولي، ما بين آثاره المباشرة وآثاره غير المباشرة، فأخضع الأولى منها لقانون محل الابرام، وأخضع الثانية لقانون محل التنفيذ، وهي تفرقة جرى قضاء بعض الدول على اعتمادها

---

(1) يراجع في هذا التطور: الأستاذ الدكتور علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1984 بند 48، ص 106، الدكتور هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط: 3، القاهرة 1974، بند 182، ص ص 647- 648، الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة 6 القاهرة 1966، بند 132، ص 410 وما بعدها.

(2) BATIFFOL (Henri), les conflits de lois en matière de contrats, Etude de droit international privé comparé (thèse), Paris, Sirey 1938, N. 22.

لامد غير يسيره كما هي الحال بالنسبة الى القضاء السويسرى .

ثم بمجيء الفقيه الفرنسي ديمولان ، بدأت بوادر قانون الارادة ترتسم في الأفق . فقد ذهب هذا الفقيه ، وهو بصدد تحديده للقانون الواجب التطبيق على المشارطات المالية للزوجين ، الى أن هذه المشارطات تعتبر في حقيقتها عقدا ، وأنه ليس من المفروض أن تخضع لقانون محل انعقادها ، لأن ارادة الطرفين قد تتجه الى اختيار قانون آخر لحكمها وهو قانون قد يصرح الطرفان به ، كما أنه يمكن استخلاصه من ظروف العقد وملابساته .

وبحلول القرن التاسع عشر ، كاد المبدأ القائل باخضاع العقد الدولي لقانون الارادة يستقر لدى الفقه . فالفقيه سافيني ، وان قال باخضاع العقد الدولي لقانون محل التنفيذ بدعوى أن هذا المحل هو الذى تتركز فيه العلاقة التعاقدية ، فانه كان يرى أن تطبيق هذا القانون ليس الا تعبيرا عن ارادة الأطراف المتعاقدة تطبيقا لفكرة الخضوع الاختيارى ، اذ أن من يدخل في علاقة تعاقدية ، يقبل حتما الخضوع لقانون المكان الذى تتركز به هذه العلاقة .

كما أن الفقيه "مانشيني" لم يمانع في تطبيق قانون الارادة بصدد العقود الدولية ، فهذا الفقيه ، وان كان يعتبر من مساندى مبدأ " شخصية القوانين " - الذى مؤداه أن القوانين الصادرة عن دولة ما ، يمتد نطاق تطبيقها ليشمل كل الأشخاص الذى يحملون جنسية هذه الدولة حتى لو كانوا مقيمين بخارجها - فانه لم يمانع في ايراد استثناءات على هذه القاعدة العامة . ومن بين هذه الاستثناءات اقراره لمبدأ خضوع العقد من حيث موضوعه ، لقانون الارادة ، بغض النظر عن القانون الشخصي للمتعاقدين .

وبحلول النظام الرأسمالي القائم على تعاليم المذهب الفردي ، استقرت قاعدة "قانون الارادة" ، باعتبارها تعبيرا عن مبدأ سلطان الارادة في الفقه ، وفي قضاء الدول الرأسمالية ،حيث رسمت حدود تدخلها .

وقد أدى اعتناء الفقه بهذه القاعدة وتطويره لأحكامها الى جانب القضاء ، الى أن أصبحت القاعدة التي تقرر اخضاع العقد الدولي من حيث موضوعه لقانون الارادة قاعدة تقليدية يعمل بها ، ليس فقط في ظل الدول الرأسمالية ،بل وأيضا في ظل الدول التي تعتمد المنهج الاشتراكي . ومما زاد من أهمية هذه القاعدة هو أن الكثير من التشريعات قد تولت النص عليها صراحة .

ومع ذلك ، فقد ظهرت نزعات فقهية حاولت الحد من مجال اعمال هذه القاعدة . ولذلك فان الأمر يستوجب التأكد من مدى صلابة قاعدة " قانون الارادة" . كما أن الحاجة ماسة الى توضيح كيفية تطبيق" قانون الارادة" حين اعتماده ، والتساؤل عما اذا كان هذا المبدأ كفيلا بحكم العقود الدولية الحالية التي تشعبت عناصرها ، وخاصة بعد أن خرجت الدولة عن وظيفتها التقليدية المتمثلة في الدولة الحارسة وأصبحت تتدخل في العلاقات الدولية شأنها في ذلك شأن الخواص .

ان هذه التساؤلات تحتاج الى اجابة . وللاجابة عليها ارتأينا أن نعالجها في بابين .

الباب الأول : نتناول فيه بالتحليل ماهية العقد الدولي .

الباب الثاني : نتعرض فيه للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي .

# البـــــاب الأول

## ماهيــة العـــقــد الـــــدولــــي

توطئة : - أهمية تحديد ماهية العقد من حيث كونه دوليا أو داخليا ( وطنيا ) :

ان تحديد ما اذا كان العقد المبرم عقدا دوليا أو داخليا (وطنيا ) يكتسي أهـــمية بالغة، ذلك أن العقد الدولي يتميز بخصائص و مميزات كثيرة اذا ما قورن بالعـقـد الداخلي . فالمقرر هو أن أطراف العقد الدولي يتمتعون بحرية اختيارالقانون الذي يحكم عقدهم و هو أمر لا يتحقق في اطار العقد الداخلي (1). كما أنه اذا كان بامكان طرفي عقد دولي أن يدرجا في عقدهما ما اصطلح على تسـميته بشرط التعامـل بالذهب " Clause- or " فان مثل هذه الحرية منعدمة بالنسبة الى العقود الداخلية عملا بمبدإ الزامية الورقة النقدية . يضاف الى ذلك أن شرط التحكيم " la clause compromissoire " يتمتع بمعاملة مختلفة بحسب ما اذا تم ادراجه في عقد دولي أوعقد داخلي . ففي ظـــل القضاء الفرنسي مثلا تقرر مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الذى أدرج فيه هذا الشرط متى كان هذا العقد دوليا (2)، بـل و هذا القضاء يتجـه الى اجازة شرط التحكـيم

---

(1) يراجع بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وكيفية اجـراء هذا التحديد ،ما سيأتي ص 53 وما يليها من هذه الرسالة .

(2) يراجع في ذلك : Cass. civ. 1ère, 7 Mai 1963, Gosset , R. 1963.615, note Motulsky; D. 1963.545, note J. Robert; JCP 1963.II.13405, note B. Goldman; Clunet 1964. 82, note J.D.Bredin.

وفي تحليل أحكام شرط التحكيم في مختلف الأنظمة القانونية ،يـراجـع : P. Sanders, l'autonomie de la clause compromissoire, Hommage à F. Eismann, CCI 1978, P.31 et suiv.; H.Synvet, note Clunet 1984,P.611; sous Cour d'appel de Toulouse, 26 Octobre 1982; Mustapha TRARI-TANI, de la clause compromissoire (essai d'une théorie générale dans les droits internes et dans le commerce international), thèse de Doctorat 3° cycle, Université de Rennes, Octobre 1985; G.R.Delaume, l'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux, Clunet 1984, P. 521 et spéc. P.527 et suiv.; et observations au Clunet 1979, PP 661-662 sous trib. 1ère instance de Tunis, 22/03/1976.

حتى لو لم يتم اخضاعه لقانون دولة مـا (1) . وفضلا عن ذلك فان المقرر لدى هذا القـضاء أيضا ، هو اجازة شرط التحكيم متى تم اخضاعه لقانون أجنبي يجيزه حتى في الفروض الـــتي يحـظره فيها القانون الـفرنـسـي (2).

وعلى ضوء الفروق الجوهرية السابقة بين العقد الدولي و العقد الداخلي ، يتضح أن تكييف العقد من حيث كونه دوليا أو داخليا يكتسي أهمية قـصوى .

على أنه اذا كان من المقرر أن العقد الدولي يتمتع بمـيزات و خصائص مستقلة عن العقد الداخلي ، فان تحديد ما يعتبر من قبيل العقد الدولي ليس بالأمر السهل ، اذ أن هـذه العبارة ( أي عبارة العقد الدولي ) لم تتـضح معالمها حتى الآن بشكل واضح و جـلـــي ، فهي لم تلق بعد اجماع الفــقه،كما أن القضاء ليس مستقرا بـصددها .

على أننا نشير قبل تعرضنا لماهية العقد الدولي الى أننا نستبعد وجهة النظر التي اعتمدها القضاء أحيانا (3) و التي تذهب الى أن العقد الدولي هو العقد الذي يؤدي الى اعمال قواعد التنازع ، لأن تحديد ما اذا كان بامكان الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق أو استبعاد هذا الخيار ، انما يعتبر نتيجة مترتبة على اضفاء الصبغة الـــدولية

---

(1) يراجع في ذلك : Civ. 1ère , 4 Juillet 197 2, Hecht, R. 1974.82, note P. LEVEL; Clunet 1972.843, note B. Oppetit; RTD Comm. 1973.419, obs. Y. Loussouarn; Paris 13 Déc. 1975, Menicucci, R. 1976.507, note B. Oppetit; Clunet 1977 .106, note E. Loquin.

(2) يراجع في ذلك : Civ. 19 Fév. 1930, Mardelé, et 27 Janv. 1931, Dambricourt, S. 1933.1.41, note Niboyet.

(3) يراجع ما سيأتي ص30وما بعدها من هذه الرسالة .

على العقد المبرم ابتداءً ، أي أن تحديد ماهية العقد الدولي يبقى أمرا حتميا ولازما لأن هذا التحديد وحده هو الذي يسمح لنا ببيان ما اذا كان لأطراف العقد التمتع بحق اختيار القانون الذي يحكم عقدهما أو لا يتمتعون بذلك .(١)

- صعوبة تعريف العقد الدولي :

الواقع هو أنه من الصعوبة وضع تعريف للعقد الدولي ، لذلك لا غرابة في أن نجد الكثير من الاتفاقيات الدولية قد حاولت ازالة كل لبس فعمدت الى تعريف العقد الدولي ، ومن قبيل ذلك ما تقرره اتفاقية وارسو المؤرخة في : 12 / 10 / 1929 بتعريفها للعقد الدولي الجوي ، الخاضع لأحكام الاتفاقية ، بأنه : "كل نقل يشترط فيه المتعاقدون أن تكون نقطتا القيام و الوصول . . . واقعتين اما في اقليم طرفين ساميين متعاقدين ، و اما في اقليم طرف واحد من الأطراف السامية المتعاقدة ، في حالة ما اذا نص على حصول رسو جوي في اقليم خاضع لسيادة دولة أخرى أو لا مارتها أو لانتدابها أو لسلطانها و لو اعتبرت هذه الدولة غير متعاقدة " .

على أنه اذا كانت بعض الاتفاقيات قد حددت المقصود بالعقد الدولي الذي يدخل في مجال تطبيقها ، فان مثل هذا التعريف لا وجود له في اطار التشريعات الوطنية .

---

(1) و هو ما سبق لاتفاقية لاهاي المؤرخة في 15 جوان 1955 و الخاصة ببيان القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية المتعلقة بالأشياء المنقولة المادية أن أكدته . فقد ورد بالمادة 4/1 من هذه الاتفاقية أن تصريح الأطراف المتعاقدة بتطبيق قانون ما أو اعطاء الاختصاص لقاض أو لمحكم لا يعتبر في حد ذاته سببا كافيا لاضفاء الصفة الدولية على عقد البيع المبرم .

ولعل سبب عدم تعريف العقد الدولي تعريفا واحدا مانعا وجامعا هو أن ما قد يجعل من عقد ما عقدا دوليا بصدد نشاط معين ، قد لا يضفي عليه مثل هذه الصفة بصدد نشاط آخر . فمثلا اذا كان يمكن الاستناد الى جنسية أطراف عقد العمل مثلا ، للقول تبعا لذلك بأنه في حالة اختلاف جنسية رب العمل عن جنسية العامل نكون بصدد عقد دولي (1) ، فان هذا العنصر الأجنبي نفسه والمتمثل في اختلاف جنسية طرفي العقد لا يكفي لاعتبار عقد ايجار عقاري عقدا دوليا ، الامر الذى يؤكد صعوبة وضع حد فاصل بين العقد الدولي والعقد الداخلي ( الوطني ) . كما أن هناك عقودا لم يحصل الاتفاق بشأنها من حيث اعتبارها عقودا داخلية ( وطنية ) أو عقودا دولية . ومن قبيل ذلك عقود الامتياز المتعلقة بالبترول الممنوحة لشركات أجنبية من طرف الكثير من دول العالم الثالث والتي لا تسمح لها امكانياتها بالبحث والتنقيب واستغلال البترول ، اذ أنه اذا كان الكثير من الفقهاء يضفي عليها طابعا داخليا محضا ويعتبرها من قبيل العقود الادارية فيخضعها من ثم لأحكام هذه العقود ، يلاحظ أن المحكمين غالبا ما يعمدون الى اضفاء الصفة الدولية عليها سعيا منهم الى عدم اخضاعها لقانون الدولة صاحبة البترول وتطبيق أحكام أخرى مختلفة مستمدة مما أسموه " بقانون التجار" (LEX MERCATORIA) . (2)

ولتأكيد صعوبة تعريف العقد الدولي ، فاننا نستعرض بعض التعريفات التى أدلى بها الفقهاء في هذا الاطار لنتناول بعد ذلك موقف القضاء المقارن ، بما في ذلك قضاء

---

(1) ROUAST, les conflits de lois relatifs au contrat de travail, Mélanges Pillet, tome 1, P. 205.

(2) يراجع في هذا الجدل الفقهي : André de Laubadère, traité théorique et pratique des contrats administratifs, 1956, tome III, N. 1043 ; Mohand ISSAD, les techniques juridiques dans les accords de développement économique , in Colloque de "droit international et développement", tenu à Alger du 11 au 14 Octobre 1976, OPU, Alger 1978, PP. 207-209 , N^os^ 30-33.

التحكيم، من هذه المسألة ، ونحدد الحكم الذى يتعين اعتماده في ظل النظام القانوني الجزائري .

## الفصل الأول

××××××××××××

## تعريف الفقه للعقد الدولي

لقد أدت صعوبة تعريف العقد الدولي الى جعل الكثير من التعاريف التي قال بها الفقهاء تعاريف قاصرة. غير أن تحليل هذه التعاريف يكشف عن أن القائلين بها يعتدون بمعيارين اصطلح على تسمية أولهما بالمعيار القانوني ، بينما أطلق على المعيار الثاني اصطلاح المعيار الاقتصادى . فما هو مدلول كل من المعيارين ؟

### المبحث الأول

++++++++++++

### المعيار القانوني المعتمد في تحديد ماهية العقد الدولي :

لقد اتجه الفريق الأول من الفقهاء - كما أسلفنا - الى اعطاء العقد الدولي مفهوما قانونيا ، وانقسمت اتجاهاته الى أربعة :

فأما الاتجاه الأول، فيقرر أن العقد يعتبر دوليا متى كان مرتبطا بعدة أنظمة قانونية ، أى أنه العقد الذى لا تتركز كل نقاط الارتباط الواردة به في اطار نظام قانوني واحد (1).



---

(1) ويعد الفقيه Maury أحد أنصار هذا المعيار- يراجع في ذلك محاضراته بأكاديمية لاهاى تحت عنوان : Règles générales de conflit de lois المنشور Recueil de cours, Académie de la Haye لعام 1936، الجزء الثالث، ص 375- البند 43، كما يراجع في هذا الاتجاه مؤلف الأستاذين -/-

وفي هذا الصدد يقرر العميد باتيفول أن العقد يعتبر دوليا متى " كانت التصرفات المتعلقة بابرامه أوبتنفيذه ، أو كان مركز الأطراف يختلف من حيث الجنسية أو الموطن ،أوكان المحل من حيث تركيزه،ترتبط بأكثر من نظام قانوني " (1) ،كما أن الأستاذ : لويس - ليكا LOUIS - LUCAS يوضح أن الصفة الدولية تتقرر لعقد ما ،متى كان هذا العقد مرتبطا بأحد عناصره الموضوعية على الأقل - كمحله أو مكان تنفيذه - بنظام قانوني مغاير

---

-/- لوسوارن وبرودان LOUSSOUARN (Y) et BREDIN (J.D), droit du commerce international, Sirey 1969, N. 511 .

والدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق ،بند 181،ص 645 .

(1) H. BATIFFOL, problèmes des contrats privés internationaux, cours dispensé à l'institut des hautes études internationales (IHEI ), 1961-1962, P.4 et Répertoire DALLOZ, Droit International, V° Contrats et Conventions , N.9.

ويراجع في هذا الصدد أيضا تعليق الأستاذ العميد باتيفول على حكم صادر عن محكمة التيين (بفرنسا ) بتاريخ 07 جوان 1956 ( والمنشور بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لعام 1956 ) . فقد فصل هذا الحكم في مدى جواز ادراج شرط تحكيم في عقد مبرم بين منتجين وفنانين مختلفي الجنسية . وقرر القضاة في هذا الحكم الاستجابة للطلب الذي قدم أمامهم من أحد أطراف النزاع والمتمثل في اعتبار شرط التحكيم المدرج في العقد باطلا بدعوى أن العقد المبرم داخلي ولا يكتسي طابعا تجاريا . وقد تعرض هذا الحكم لانتقاد العميد باتيفول ،اذ لاحظ في هذا الصدد أن تعدد جنسيات أطراف هذا العقد كان كافيا لاضفاء الصفة الدولية عليه ، ومن ثم اقرار شرعية بند التحكيم الوارد به .

على أن بعض الفقه حاول أن يجد تبريرا لهذا الحكم ،ورأى أن لجوء القضاة الى اعتماد هذا الحل مرده الى أنهم قد لاحظوا أن جنسية الأطراف الأجنبية كانت عنصرا عارضا في العقد - يراجع في هذا التبرير أودي (برنار) في رسالته عن الغش نحو القانون- المرجع السابق- بند 112 ص 93.
AUDIT (Bernard), la fraude à la loi, Dalloz 1974 , N. 112, P. 93.

للنظام أو للأنظمة القانونية التي ترتبط بها بقية عناصره (1).

على أن هذا المعيار يبقى عرضة للنقد ، ذلك أنه اذا كان هذا المعيار يؤدي الى اعتبار عقد عمل مبرم بين شخصين يحملان جنسيتين مختلفتين عقدا دوليا ، فانه لا يفسر سبب نفي الصفة الدولية عن عقد بيع عقار أو ايجاره من فرنسي الى جزائري مثلا متى كان العقار موضوع العقد موجودا بالجزائر ، على الرغم من أن أحد عناصره المتمثل في جنسية البائع قد يدعو الى القول بأن العقد المبرم يرتبط أيضا بالنظام القانوني الفرنسي . كما أن هذا المعيار قد يؤدي الى نفي الصفة الدولية عن عقد ما عن طريق التلاعب بالعناصر الواجب مراعاتها ، اذ يكفي أن يهمل ذكر مكان التنفيذ مثلا في عقد أبرم بين شخصين متحدي الجنسية ، اذا كان مكان التنفيذ سيتم بدولة تختلف عن الدولة التي يحمل طرفا العقد جنسيتها ، لكي يصبح العقد وطنيا .

أما الاتجاه الثاني فقد حاول أن يتجنب الانتقاد الذي تعرض له الاتجاه الأول ، فاقتصر على تعريف العقد الداخلي ( الوطني ) تاركا استخلاص ماهية العقد الدولي بمفهوم المخالفة . فأوضح أن العقد الداخلي هو العقد الذي ارتبط بمقتضى كل عناصره ذات الأهمية rattachements significatifs (2) ( وليس ببعضها فقط ) بسيادة واحدة ، ومن ثم يكون خاليا من كل عنصر أجنبي يمكن أخذه بعين الاعتبار (3).

---

(1) Louis- Lucas (P), portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé, Clunet 1962 . 884.

(2) ويقصد "بالعناصر ذات الأهمية" في اطار العقد الدولي تلك العناصر التي تتمثل في أطراف هذا العقد ، ومحله ، مضافا اليها محل الابرام ومكان التنفيذ - يراجع في ذلك الأستاذ : أودي (برنار) ، رسالته في الغش نحو القانون ، المرجع السابق ، بند 112 ، ص 92 .

(3) RABEL (E), the conflict of laws, a comparative study, Ann Arbor, Tome 2, 2ème édition, 1960, P. 430.

على أن تعريف هذا الفريق الثاني من الفقه للعقد الدولي لا ينجو بدوره من النقد ، اذ أنه يتعرض لنفس الانتقادات التي وجهت الى الاتجاه الأول . وصورة ذلك أن يتعلق الأمر بعقد ايجار عقار موجود بالجزائر يكون أحد طرفيه أجنبيا ، فان ذلك لن يمنع من اعتبار هذا العقد عقدا داخليا ، وهو ما يتناقض مع معطيات هذا الفريق الثاني من الفقه الذي يتطلب في عقد ما لاعتباره داخليا أن يكون خاليا من كل عنصر أجنبي .

ولقد كانت هذه الصعوبة السبب في لجوء فريق ثالث من الفقهاء الى استبعاد كل محاولة لتقسيم العقد الى داخلي ودولي ، بدعوى أنه لا وجود في الحقيقة لعقد داخلي ، ولا وجود لعقد دولي ، بل كل ما في الأمر أن هناك طائفتين من العقود : فهناك عقود تفلت من الأحكام القانونية الآمرة الواردة بقانون القاضي ، وهناك عقود لا تفلت من هذه الأحكام الآمرة .

وبناء على ذلك ، فان هذا الفريق من الفقه يقرر أن سلطة الأطراف تقف عند حد تركيز عقدهم فقط ، ثم يأتي بعد ذلك دور القاضي الذي يتولى تحديد القانون الواجب التطبيق ، فيبين ما اذا كان يتعين ادخال العقد ضمن الطائفة الأولى أو يتعين ادراجه ضمن الطائفة الثانية . فان اعتبر القاضي أن اخضاع العقد لقانون أجنبي يكون من شأنه الاضرار بالأحكام القانونية الآمرة السارية المفعول بدولته أخضعه لقانونه الوطني . أما اذا تبين له أنه لا وجود لمثل هذا الضرر - أي أن اخضاع العقد المعروض عليه لأحكام قانون أجنبي ليس من شأنه الاضرار بالقواعد الآمرة الواردة بقانونه الوطني - فانه يلجأ حينئذ الى اخضاعه للقانون الأجنبي(1).

---

(1) الأستاذ : أود يبرنار / الفش نحو القانون ، المرجع السابق ، بند 479 ، ص 375 .

على أن هذا المعيار في نظرنا يبقى بدوره عرضة للنقد . فهو يؤدي الى تحكم القاضي ، بحيث يسمح له باخضاع ما يشاء من العقود لأحكام قانونه الوطني بدعوى أن الأمر يتعلق بتطبيق قواعد قانونية آمرة واردة بقانونه الوطني .

وأمام الانتقادات التي تتعرض لها الاتجاهات الثلاثة السابقة، فقد حاول اتجاه رابع أن يستبعد هذه الانتقادات، وارتأى أنه لتحديد الطبيعة الدولية للعقد يتعين استبعاد كل من جنسية الأطراف ومحل الابرام من نطاق العناصر التي يعتمد عليها في اضفاء الصفة الدولية للعقد . وسبب استبعاده لهذين العنصرين، مرده أنه يرى أن جنسية الأطراف لا تلعب دورا فعالا في تنظيم العملية القانونية المراد تحقيقها من وراء ابرام العقد . كما أن مكان ابرام العقد لا يعتبر دليلا قاطعا - في نظره - اذ أنه سيسمح للأطراف بالادعاء بحصول الابرام في الدولة التي يبتغونها دون وجود رقيب عليهم في ذلك، وعلى خلاف ذلك، فان صاحب هذا الرأي يرى ضرورة الاعتماد بعنصري محل أو محال التنفيذ، وموطن أطراف العقد، اذ يرى أن هذه العناصر تعتبر من قبيل العناصر الأساسية في تحديد الطبيعة الدولية للعقد . والى جانب ايراده لما يعتبر من العناصر الأساسية والعناصر العرضية في تحديد العقد الدولي، فان صاحب هذا الرأي يشير عرضا الى أن الصفة الدولية للعقد يمكن أن تستخلص أيضا من صلاته بعلاقة أخرى (1).

وخلاصة القول هي أن أنصار المعيار القانوني، وان اتفقوا على ضرورة الوقوف عند حد نقاط الارتباط، لاضفاء الصفة الدولية على عقد ما أو لنفيها عنه، فانهم لم يتفقوا على العناصر التي يتعين مراعاتها في هذا الصدد . ولعل هذا السبب هو الذي أدى ببعض الفقه - وان كان يؤيد أصلا المعيار القانوني - الى القول بأنه

---

(1) MAYER (Pierre), droit international privé , Collection DOMAT, 2e éd., Paris 1983 , N. 687 , P. 555.

يستحيل وضع معيار قانوني واحد ، وأنه يستحسن الحديث عن تعدد الاتجاهات داخل المعيار القانوني (1).

## المبحث الثاني
++++++++++++

## ماهية العقد الدولي لدى أنصار المعيار الاقتصادي

والى جانب الاتجاهات الأربعة السابقة التي ظهرت في ظل الفريق الأول فقد ارتأى فريق آخر في الفقه ـ مسايرة منه لمنحى سبق للقضاء الفرنسي أن تبناه (2) ـ أنه يتعين لتحديد ماهية العقد الدولي ، اعتماد معيار اقتصادي مؤداه أن العقد يعتبر دوليا متى كان من شأنه أن يؤدي الى المساس بمصالح التجارة الدولية أو متى ترتب عليه نقل البضاعة من حدود دولة الى حدود دولة أخرى ، أو متى ترتبت عنه "عملية مد وجزر فيما وراء الحدود" (3).

على أن هذا المعيار تعرض لنقد شديد من طرف أنصار المعيار القانوني ، مؤداه أن المعيار الاقتصادي غير واضح المعالم ، كما أنه ضيق من حيث مجال التطبيق ، فهذا المعيار ، في نظر نقاده ، يؤدي تطبيقه الى نفي الصفة الدولية أحيانا عن الكثير من العقود على الرغم من أن هذه العقود

---

(1) MESTRE ( Jacques) , note sous Cass , 1ère ch. civile, 7 Octobre 1980, R. 1981, P. 325, N. 19.

(2) يراجع ما سيأتي تحليله في ص17وما بعدها من هذه الرسالة .

(3) في عرض معطيات هذا المعيار : Berthold GOLDMAN, note au JCP 1971. II. 16 927 ; Philippe FOUCHARD, quand un arbitrage est-il international? in Revue Arbitrage 1970, PP. 74-75.

قد تصبح دولية اذا ما أخذنا بالمعيار القانوني (1) على الوجه الذى قال به بعض مؤيدى الاتجاه السابق الذى يرى أن العقد الدولي هو العقد الذى يرتبط بأكثر من نظام قانوني . وصورة ذلك مثلا أن يبرم عقد بيع بين شخصين متوطنين بدولتين مختلفتين ، على أن يتم نقل هذه البضاعة من احدى الدولتين الى الأخرى. فانه من البديهي أن مثل هذا العقد يعتبر دوليا طبقا للمعيارين : الاقتصادى والقانوني ، لأنه يودى الى نقل البضاعة من دولة الى أخرى، كما أنه يرتبط في نفس الوقت بأكثر من نظام قانوني . أما لو حصل ابرام عقد بيع بضاعة ما بين فرنسي بباريس وتاجر ايطالي يمارس نشاطه بمرسيليا ، فمثل هذا العقد يبقى داخليا طبقا للمعيار الاقتصادى لأنه لم يترتب عليه نقل البضاعة من فرنسا الى ايطاليا ، على الرغم من أنه يعتبر دوليا لو أخذنا بالمعيار القانوني اذا اعتبرنا اختلاف جنسية الطرفين عنصرا كافيا لاضفاء الصفة الدولية عليه .

وبعد أن عرضنا مضمون رأى الفريق الثاني في الفقه والنقد الذى لحقه ، يتضح لنا أن الفقه لم يستقر بعد على تعريف واضح للعقد الدولي . ولنا أن نبحث الآن عما اذا كان القضاء يسمح باستخلاص هذا التعريف .

---

(1) يراجع في هذا النقد : لوسوارن وبرودان في مؤلفهما تحت عنوان "قانون التجارة الدولية" ، المرجع السابق ، بند 511 ، ص 594 - و B. Oppetit في تعليقه المنشور بـ Clunet لسنة 1971 ، ص 839 .

## الفصـــل الثـــانـــي
xxxxxxxxxxxxxxx

## تحديـد القضــاء لماهيـة العقـد الدولي

ولتبيان موقف القضـاء من العقد الدولي ، فاننـا نستشهد بموقف القضاءيـن : الفرنسي والأمريكـي ، كمـا نشيـر الى موقـف هيئـات التحكيـم .

### المبحـث الاول
+++++++++++

### ماهية العقد الدولي في مفهوم القضاءين : الفرنسي والأمريكي

#### المطلـب الأول
==========

#### موقف القضــاء الفرنسي من العقد الدولي

لو حللنـا بعـض (1) الأحكام الصادرة عن القضـاء الفرنسي ، فاننا سنلاحظ أن هذا القضاء قد اعتمـد كـلا المعيارين ، فهو أحيانا يعتد بالمعيـار الاقتصادى ، وأحيانا أخرى يأخـذ بالمعيـار القانـونـي .

---

(1) ونقول "بعض" ، لأن القضاء الفرنسي لا يتعرض أحيانا لبحث مدى اشتمال العقـد على الصفة الدولية رغم أن النزاع يدخل في مجال القانون الدولي الخاص ، ونذكر على سبيل المثال ، في هذا المجال : Cass. com. 19 Janv. 1976, R. 1977, P. 503, note H. Batiffol; JCP 1977.II.18630, note Hanine; Clunet 1977, P. 651 , note Antoine Lyon - Caën.

اذ أن محكمة النقض الفرنسية لم تتول بيان العناصر التي اعتمدتها لاعتبار العقد دوليا ، لأن أطراف النزاع لم يتمسكوا بهذه المسألـة أمامهـا .

## الفـــرع الأول

## - اعتماد القضاء الفرنسي للمعيار الاقتصادي ( le critère économique )

## في تعريف العقد الدولي :

لو بحثنا في تطور القضاء الفرنسي لأمكننا القول بأن لجوء هذا القضاء الى اعتماد المعيار الاقتصادي قد حصل ابتداء من سنة 1927 (1) حين تعرض لحكم بنود التعاقد المتعلقة بتحديد العملة التي يتعين الوفاء على أساسها ( monnaie de compte). فقد تساءلت محكمة النقض الفرنسية بهذا الصدد عما اذا كان بامكان الأطراف المتعاقدة الاتفاق على عملة أخرى يجوز الوفاء بها غير العملة المقررة في قانون بلد الوفاء، وهو ما يتحقق خاصة في قضية التعامل بشرط الذهب( clause- or ) وتوصلت بذلك الى وضع أسس معيار العقد الدولي نتيجة اقرارها أن التعامل بشرط الذهب لا يتقرر الا في العقود الدولية وحدها.

وقد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية المعيار الاقتصادي مسايرة في ذلك تحليل المدعي العام ماتير ( Procureur général Matter ) الذي أوضح أن

---

(1) وان كانت بوادر هذا المعيار قد ظهرت ابتداء من سنة 1924، يراجع في ذلك: Civ. 23 Janv. 1924, D. 1924 .1. 41, note P. اذ قررت محكمة النقض الفرنسية اضفاء الطابع الدولي على عقد بيع لأنه يؤدي الى نقل البضاعة من دولة الى أخرى ويؤدي بالمقابل الى نقل الثمن من الدولة الثانية الى الدولة الأولى.

على أن أهم حكم يعتد به بهذا الصدد والذي نال اهتمام الفقه هو : Civ. 17 Mai 1927 , D.P. 1928 . I. 25 , note H. Capitant . ولعل أهمية هذا الحكم مرجعها التحليل القيم الذي أورده المدعي العام Matter في ملاحظاته التي تم نشرها مرفقة مع نص القرار ومع تعليق الأستاذ :كابيتان.

العقد الدولي ليس هو العقد الخاضع لقانون أجنبي ، بل هو العقد الذي يترتب عليه دخول العملة وخروجها من اقليم دولة الى اقليم دولة أخرى. وفي هذا الصدد قرر المدعي العام أنه لاعتبار العقد دوليا ، فانه " يتعين في هذا العقد أن يُحْدِثَ عملية مد وجزر فيما وراء الحدود وأن يرتب نتائج متبادلة في كلتا الدولتين التي تتم العملية في اطارهما . وبناء على ذلك ، فانه على سبيل المثال ، يعتبر موضوعا لوفاء دولي ، عقد البيع التجاري الذي يؤدي الى انتقال البضائع من دولة أولى الى دولة ثانية ، والى انتقال الثمن من الدولة الثانية الى الدولة الأولى . . . أما اذا تعلق الأمر بايجار عقار بالجزائر ( العاصمة ) من طرف انجليزي لصالح فرنسي ، فان مثل هذا العقد لا يؤدي الى دخول أية بضاعة أو نقل نقود الى فرنسا ، وبذلك فان العملية تكتسي طابعا داخليا محضا ، ومن ثَمَّ فان الوفاء في مثل هذه الحالة يجب أن يخضع لقوانين النظام العام السارية المفعول بفرنسا "(1)

---

(1) " le contrat doit produire comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences dans un pays et dans un autre. (Est) par exemple, l'objet d'un règlement international, le contrat de vente commerciale qui fait passer des marchandises d'un pays dans un autre et ensuite le montant du prix du second dans le premier. Inversement la location d'un droit immobilier à Alger par un anglais à un français n'a produit en France ..l'entrée , ni de marchandises, ni d'éspèces; l'opération a donc été locale, et son payement doit donc être nécessairement soumis aux lois d'ordre public en France."

وللاطلاع على نص الملاحظات التي أدلى بها المدعي العام "ماتير" ، يراجع : داللوز الدوري لسنة 1928 ـ الجزء الأول ص 25 السابق الاشارة اليه ، وفي تحليل هذه الملاحظات ، يراجع مقال الأستاذ : لوروبور بيجونييه تحت عنوان : "بصدد العقد الدولي " A propos du contrat international " ، المنشور بـ Clunet لسنة 1951 ، ص 2 وما بعدها ، وتعليق الأستاذ : كابتيان بداللوز الدوري لسنة 1928 المشار اليه سابقا .

هذا وتحليل حكم 1927 يكشف عن أن محكمة النقض الفرنسية لم تتعرض مباشرة لتحديد ماهية العقد الدولي ، بل أوضحت معياره من خلال تعرضها لكيفية تحديد الوفاء والعملة اللذين يتعين على أساسهما الوفاء بالالتزامات النقدية في العلاقات الدولية الخاصة . أي أننا نكون بصدد عقد دولي – في منطوق محكمة النقض الفرنسية ، وفقا لما يستفاد من قرار 1927 ، اذا توافر في العملية عنصران يتمثلان في : أن هناك بضاعة قد دخلت الى فرنسا ، وأن هناك تصديرا لعملة الوفاء بهذه البضاعة قد حصل الى خارج فرنسا [1].

واذن ، فان محكمة النقض الفرنسية قد أوضحت في ظل حكم 1927 ماهية العقد الدولي بتعرضها لبيان الحالة التي يعتبر الوفاء فيها دوليا . الا أن هذا لم يدم طويلا ، ذلك أن محكمة النقض الفرنسية قد تولت فيما بعد تحديد ماهية العقد الدولي بالتعرض للعقد نفسه ، معتمدة في ذلك معيارا اقتصاديا . وقد تولت ذلك بموجب حكمين هما الحكم في قضية "ماردولي" ( MARDELE ) [2] والحكم في قضية "دامبريكوت" ( DAMBRICOURT ) [3] الصادران على التوالي في : 1930/02/19 و 1931/01/27. فقد فصلت محكمة النقض الفرنسية بمقتضى هذين الحكمين في وقائع متشابهة تتعلق بعقد بيع أبرم بفرنسا بين طرفين فرنسيين وكان موضوع هذا العقد يتمثل في نقل بضائع من الولايات المتحدة الأمريكية الى ميناء فرنسي .

---

(1) يراجع في ذلك : الأستاذ : كابتيان في تعليقه على حكم 1927 ، د اللوزالد ورى لسنة 1928 – الجزء الأول – ص 27 .

(2) و (3) والمنشوران بسيريه لعام 1933 الجزء الأول ، ص 41 مع تعليق نيبوابيه ، وبالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لعام 1931 ، ص 514 .

على أن الثمن دفع في قضية "ماردلي" بمقتضى شيك مسحوب بلندن ، وكان البائع فيها يتمثل في شركة فرنسية صرحت حين ابرام العقد بأنها تجرى العقد لحساب شركة هولندية تعتبر هذه الشركة أُمّاً لَهَا . أما في قضية "دامبر يكورت" فان المتنصرين الخارجيين الاضافيين المذكورين أعلاه و المتمثلين في مكان الوفاء بالثمن و الجنسية الأجنبية للشركة الأصلية لم يكونا متوافرين . غير أنه على الرغم من هذا الاختلاف في العناصر الخارجية بين العقدين ، فانهما كانا يشتركان في كونهما تضمنا بندا مشتركا نص بمقتضاه على أن ابرام العقدين قد حصل باعتماد الشروط النموذجية التي وضعتها منطقة التجارة الدولية للحبوب ( LONDON CORN TRADE ASSOCIATION ) و هو أمر من شأنه أن يجعل العقدين معا خاضعين للقانون الانجليزي ، وتمّ النص في ثانيهما على عرض كل نزاع قد يحدث بصدد العقدين للتحكيم بلندن . وحينئذ أثير تساؤل متعلق بتحديد مدى صحة شرط التحكيم الوارد بالعقدين ، لأن هذا الشرط كان باطلا طبقا للقانون الفرنسي بسبب ادراجه في عقدين أبرما قبل صدور قانون 1925/12/31 بفرنسا ، و هو قانون أجاز شرط التحكيم في اطار العقود التجارية فقط . غير أن محكمة النقض الفرنسية ، قررت بمقتضى هذين الحكمين خلاف ذلك ، اذ اعتبرت شرط التحكيم الوارد بالعقدين صحيحا على أساس أنه "يتعلق بمصالح التجارة الدولية" ( mettant en jeu les intérêts du commerce international ) وألغت بذلك حكم محكمة الاستئناف التي نحت عكس هذا المنحى . و الواقع هو أن حكم "دامبر يكورت" كان أكثر ايضاحا في هذا الصدد . فقد أشار صراحة الى أن الصفقة موضوع النزاع تتعلق بقمح مستورد من الخارج تم ابرامها بواسطة وكلاء ، وأن القمح تم شحنه بالولايات المتحدة طبقا لبيع "كاف" وحصل تسليمه بسان لازير

( أى بميناء فرنسي )،وأن العقد المبرم يعتبر لهذا السبب متعلقا بمصالح التجارة الدولية ، وأنه طالما أن بطلان شرط التحكيم المنصوص عليه في المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي ،ليس من النظام العام بفرنسا ،فان الأطراف ،حتى لوكانوا فرنسيين ،فانهم بامكانهم بموجب عقد مبرم بالخارج أو بفرنسا ،العدول عن أحكام هذه المادة ، واختيار قانون أجنبي لتنظيم اتفاقهم كالقانون الانجليزى الذى يجيز شرط التحكيم ".(1)

كما أنه قد صدرت أحكام لاحقة عن القضاء الفرنسي اعتمدت المعيار الاقتصادى في تعريف العقد الدولي(2) ،نكتفي بأن نذكر من بينها الحكم المعروف باسم "شركة ايمبكس ( Société Impex ) " الصادر في 18 ماى 1971 عن محكمة النقض الفرنسية ، فقد أقرت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بمقتضاه قضاة محكمة الاستئناف الذين أضفوا الطابع الدولي على العقد الذى يتمثل موضوعه في تصدير حنطة البيرة من فرنسا صوب ايطاليا ،قامت ببيعها شركة فرنسية يوجد مقرها الرئيسي بفرنسا الى شركات ايطالية يوجد مركزها الرئيسي بايطاليا ،

---

(1) " Le marché litigieux porte sur la vente de blé de provenance étrangère, avec le concours des courtiers, embarquement en Amérique, transport suivant clause CAF, et livraison à Saint Nazaire; ce marché mettant en jeu les intérêts du commerce international, et la nullité de la clause compromissoire édictée par l'article 1006 du code de procédure civile n'étant pas d'ordre public en France, les parties même françaises l'une et l'autre, ont pû valablement dans un contrat , soit à l'étranger, soit en France, déroger aux dispositions de ce texte et se référer pour régler leurs accords à une loi étrangère, telle que la loi anglaise admettant la validité d'une pareille clause."

(2) Civ. 1ère ; 18 Mai 1971, 1ère espèce, R. 1972. 124, note E. Mezger ; Clunet 1972. 62, note B . Oppetit ; D. 1972. 37 ; note D. Alexandre ; Rev. arbitrage. 1972.2, note Ph. Kahn.

مستندة في ذلك الى أن هذا العقد " يمس بمصالح التجارة الدولية " (1) . كما أنه يمكن أن نذكر في هذا السياق الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس في قضية Menicucci بتاريخ 13 ديسمبر 1975 (2) . ففي هذا الحكم عمد قضاة محكمة الاستئناف - سعيا منهم الى تأكيد الاستقلال القانوني لشرط التحكيم - الى اقرار الصفة الدولية للعقد المبرم، واستندوا في ذلك الى أن هذا العقد يعتبر دوليا لانه " أبرم بفرنسا بين فرنسيين ، أحدهما يقيم بكندا ، وذلك من أجل اعطاء وكالة لهذا الأخير ليقوم بعملية بيع الغليانات ( les pipes ) بكندا وبالولايات المتحدة الأمريكية، ( وانه بذلك يمس) مصالح التجارة الدولية " .

هذا وتبني المعيار الاقتصادي لم يحصل فقط من طرف محكمة النقض ومحكمة استئناف باريس، بل انه قد اعتمد أيضا من قبل محاكم الدرجة الأولى كمحكمة باريس التي قررت بتاريخ 26 أكتوبر 1978 أن العقد الذي بمقتضاه يعطي شخص فرنسي وكالة لكي يبيع بضائع بكولومبيا منتجة من طرف شركة فرنسية ، يعتبر عقدا دوليا حتى لو كان الطرفان معا مقيمين بفرنسا (3) .

على أنه اذا كان القضاء الفرنسي قد اعتمد في غالبية أحكامه المعيار الاقتصادي وهو بصدد تحديده لماهية العقد الدولي لمدة تفوق الخمسين سنة ، فان القضاء

---

(1) Paris 10 Avril 1957, JCP . 1957 .II. 1007 8, note Motulsky; Colmar, 29 Novembre 1968, JCP. 1970. II. 16248, note B. Oppetit et P. Level ; Rev. Arbitrage 1968. 149; Paris 29 Juin 1969, R. 1969. 733, note E. Mezger; Clunet 1971.118, note B. Oppetit; 30 Nov. 1972, clunet 1973. 391, note B. Oppetit.

(2) Paris 13 Déc. 1975, R. 1976. 507, note B . Oppetit; Clunet 1977 .106, note E. Loquin.

(3) يراجع في التأسيس القانوني المعتمد في ظل هذا الحكم، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1981 ص 313 ، والذي أورده الأستاذ : ميستر ( J. Mestre ) بمناسبة تعليقه على حكم تارديو الصادر عن محكمة النقض

-/-

الفرنسي قد عدل عن هذا المعيار بشكل واضح ابتداء من 1980.

## الفرع الثاني

## تبني القضاء الفرنسي للمعيار القانوني ( critère juridique ) لتحديد ماهية العقد الدولي :

### أولا : بدء تبني القضاء الفرنسي للمعيار القانوني : حكم هيشت ( Arrêt HECHT) الصادر عن محكمة النقض في : 1972/07/04 :

يكشف البحث في تطور القضاء الفرنسي وهو بصدد تحديده لماهية العقد الدولي، عن أن هذا القضاء قد عمد الى اعتماد المعيار القانوني منذ زمن ليس باليسير. وللتأكد من ذلك، فانه يكفي أن نطلع على حكم هيشت ( Arrêt HECHT ) الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في : 1972/07/04 (1). وتتخلص الوقائع التي أدت الى صدور هذا الحكم في أنه بتاريخ 1967 أبرم عقد في هولندا بمقتضاه قامت شركة هولندية تدعى بويسمانس Buismans باعطاء توكيل خاص لشخص فرنسي يدعى هيشت ( Hecht ) طبقا للشروط المنصوص عليها في مرسوم 23 ديسمبر 1958 المتعلق بالممثلين التجاريين agents commerciaux، وذلك لكي يتولى "هيشت" القيام ببيع أحد منتجات الشركة الهولندية باسم هذه الشركة ولحسابها بفرنسا، وتم ادراج شرط تحكيم في هذا العقد بمقتضاه تم الاتفاق على عرض كل ما يعترض تفسير العقد وتنفيذه على غرفة التجارة الدولية. ثم حصل سوء تفاهم بين الطرفين، فلجأ هيشت الى رفع دعوى على الشركة الهولندية أمام المحكمة التجارية

---

-/- الفرنسية بتاريخ 1980/10/07 والذي سنحلله تفصيلا فيما بعد - يراجع في ذلك ص. 25 وما بعدها من هذه الرسالة.

(1) للاطلاع على المجلة التي ورد بها نص هذا الحكم والتعليقات الفقهية

./.

بباريس طالب بمقتضاها بفسخ العقد وبالحكم بتعويض لصالحه . غير أن الشركة المدعى عليها تمسكت بشرط التحكيم الوارد بالعقد . فاستجابت المحكمة للدفع بعدم الاختصاص المثار أمامها ، وهو ما أيدته محكمة الاستئناف بباريس . وقد استندت محكمة باريس ، حين اقرارها لصحة شرط التحكيم ، الى الطابع الدولي للعقد الأصلي بقولها : " حيث أن العقد المتنازع عليه الذى أبرم بهولندة بين شركة تجارية خاضعة للقانون الهولندى ومواطن فرنسي يعتبر عقدا دوليا ، لأنه ( أي العقد ) يرتبط بأنظمة قانونية صادرة عن عدة دول ، وأنه يكتسي هذه الصفة استنادا الى مكان ابرامه بهولندة ، وجنسية طرفيه المختلفة ، وموضوعه الذى كان يتمثل في اعطاء " هيشت " المواطن الفرنسي ، صلاحية القيام بتصرفات قانونية بفرنسا باسم الشركة الهولندية ، بغية رفع حجم صادرات هذه الشركة من البضائع بفرنسا ".(1)

وقد تأيد هذا الحكم بحكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية ، التي استبعدت الطعن بالنقض الذى رفع أمامها ضده ، مستندة في ذلك الى أن قضاة الاستئناف

---

../.. التي قدمت بشأنه ، يراجع الهامش رقم : 1 في صفحة 6 من هذه الرسالة .

(1) "Considérant que le contrat litigieux, conclu en Hollande entre une société commerciale de droit hollandais et un français, est un contrat international se rattachant à des normes juridiques émanant de plusieurs Etats; qu'il a ce caractère à la fois par le lieu de conclusion en Hollande, la nationalité différente des parties, et son objet qui était de donner pouvoir à Hecht, ressortissant français, d'accomplir en France des actes juridiques au nom d'une société de droit... en vue d'accroître les exportations en France de marchandises de celle- ci."

قـد " أوضحوا الطابع الدولي للعقد الذى يربط الطرفين ،وأشاروا الى أنه في اطار التحكيم الدولي فان شرط التحكيم يتمتع باستقلال كامل ..."

على أنه اذا كان حكم "هيشت" الصادر عن محكمة استئناف باريس قد اعتمد المعيار القانوني في تعريف العقد الدولي باشارته الى أن العقد الدولي هو العقد الذى يرتبط بأنظمة قانونية صادرة عن دول مختلفة ، فانه تجدر ملاحظة أن هذا الحكم لم يستبعد المعيار الاقتصادى كلية ،وان لم يشر صراحة الى مراعاة عنصر معطيات التجارة الدولية .

ذلك أن هذا الحكم بتأكيده على موضوع العقد ،وباشارته الى أنه يتمثل في زيادة حجم صادرات الشركة الهولندية الى فرنسا ، يكون قد اعتمد المعيار الاقتصادى الى جانب المعيار القانوني،ويكون قد طبق المعيارين القانوني و الاقتصادى تطبيقا جامعا لتحديد ماهية العقد الدولي (1) .

ثانيا : اعتماد القضاء الفرنسي للمعيار القانوني وحده : حكم تارديو الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في : 1980/10/07:

على أنه اذا كان المعيار القانوني قد طبق تطبيقا جامعا مع المعيار الاقتصادى في قضية "هيشت" ، فان تبني القضاء الفرنسي للمعيار القانوني وحده قد حصل بالحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ : 1980/10/07 ،في قضية تارديو ( Arrêt Tardieu ) (2).

وتتلخص الوقائع التي أدت الى صدور هذا الحكم ( أى حكم 1980/10/07 )، في أنه أبرم عقد تمثيل بفرنسا بين شركة فرنسية تدعى بوردون (Société B-ourdon)

---

(1) في هذا التحليل : B. Oppetit, note au Clunet 1971. 839, et B. Goldman, note au JCP 1971. II. 16927.

(2) Cass. civ., 1ère, 07 /10/ 1980 . R. 1981. 313, note J. Mestre.

و الفرنسي "تارديو" المتوطن بفرنسا . وكان من المقرر أن يحصل التمثيل بكولومبيا . غير أنه حصلت اشكالات بين الطرفين ، فرفع النزاع الى محكمة باريس من طرف الشركة . الا أن تارديو تمسك أمام المحكمة بعدم اختصاصها مستندا في ذلك الى وجود شرط تحكيم في العقد يعطي الاختصاص لغرفة التجارة الدولية . فأيدت محكمة النقض الفرنسية ما انتهجته محكمة الاستئناف التي رفضت اضفاء أية قوة ملزمة على هذا الشرط لكونه باطلا طبقا للقانون الفرنسي ، مقررة في ذلك ما يلي :

" ولكن حيث أن محكمة الاستئناف قد أوضحت . . . أن العقد المبرم بين فرنسيين متوطنين بفرنسا ، والذى يخضع التزامات الطرفين المتعاقدين للقانون الفرنسي ، لا يكتسي طابعا دوليا ، حتى لو كان أحد طرفيه مضطرا لمغادرة فرنسا . وانه لهذا السبب تكون محكمة الاستئناف قد أسست حكمها ، الامر الذى يتعين القول معه بأن الطعن بالنقض غير مؤسس " (1)

هذا ، وان تحليل منطوق هذا الحكم يكشف عن أنه ذو أهمية بالغة .

ب ) أهمية حكم 1980/10/07 وتتجلى هذه الاهمية في النقاط الأربع التالية :

1 ) فهذا الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية قد استبعد كلية المعيار

---

(1) "... Attendu que la cour d'appel , a estimé à bon droit, qu'un contrat passé entre français, domiciliés en France, qui soumettait au droit français les rapports des parties entre elles, n'avait pas, même si l'un des contractants était appelé à s'expatrier , le caractère de contrat international; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; d'où il suit que le pourvoi n'est fondé en aucune de ses branches."

الاقتصادي المعتمد آنفا لتحديد ماهية العقد الدولي من طرف القضاء الفرنسي .

فالعقد الدولي لم يعد اذن ذلك العقد الذي يؤدي الى عملية خروج ودخول البضائع والعملة من والى فرنسا ، أو العقد الذي يتضمن مساسا بمعطيات التجارة الدولية . بل ان وصف العقد، من حيث كونه دوليا أو داخليا ، أصبح يرتكز على مجرد معطيات قانونية محضة . وبناء على ذلك فان العقد أصبح يعتبر دوليا متى كان يرتبط بعناصره بأكثر من نظام قانوني ، واذا استخدمنا تحليل العميد باتيفول فاننا نقرر بأن عقدا ما يعتبر دوليا متى كان يرتبط " بمحل ابرامه أو تنفيذه ، أو بمركز أطرافه سواء فيما يتعلق بالجنسية أو بالموطن ، أو بموضوعه، بأكثر من نظام قانوني " (1).

2 ) كما أن هذا الحكم ، بتبنيه معيارا قانونيا ، توصل الى نفي الصفة الدولية عن العقد المبرم ، في حين أن العكس هو الذي كان سيتحقق لو تم اعتماد المعيار الاقتصادي ، اذ أن تصدير البضاعة من فرنسا الى كولومبيا يعتبر في حد ذاته كافيا لاضفاء الصفة الدولية على العقد المبرم بين شركة بوردون و تارديو .

3 ) وفضلا عن ذلك ، فان محكمة النقض الفرنسية ، وان كانت قد اعتمدت معيارا قانونيا لتحديد ماهية العقد الدولي ، قد اعتمدت معيارا سلبيا في ذلك ، وهو معيار قد تترتب عليه نتائج خطيرة لانه قد يؤدي الى استخلاص نتائج لم يقصدها قضاة محكمة النقض اطلاقا . فمحكمة النقض ، بتأكيدها أن العقد المبرم بين فرنسيين ، و الخاضع للقانون الفرنسي ، " لا يعتبر دوليا حتى لو كان أحد الطرفين قد

---

(1) يراجع ما سبق ص 10 هامش 1 من هذه الرسالة .

الخطر الى مغادرة فرنسا تنفيذا لهذا العقد ؟ قد تدفعنا الى القول بأنه لو كان أحد الطرفين المتعاقدين أجنبيا أو كان أحد الطرفين وقت ابرام العقد ،متوطنا بالخارج رغم كونه فرنسيا أيضا ،فان العقد سيصبح حينئذ دوليا ،لانه سيصبح مرتبطا بأكثر من نظام قانوني . الا أن مثل هذا الاستنتاج قد يكتسي طابع الخطورة لانه قد يوءدى الى أننا سننسب الى قضاة محكمة النقض أكثر مما قصدوه .

4 ) كما أن محكمة النقض الفرنسية من خلال حكم 1980/10/07 ،قد تبنت معيارا قانونيا ضيقا ،اذ أنها قد أهدرت كل أهمية لضابط محل التنفيذ الذى يعتبر حاسما في اطار العقود الدولية ،ذلك أن مكان التنفيذ هو الذى كثيرا ما يعول عليه لتحديد الصفة الدولية أو الداخلية للعقد المبرم . وهو ما تجاهلته محكمة النقض الفرنسية من خلال حكمها الصادر في : 1980/10/07 ، فتكون قد تبنت معيارا قانونيا ضيقا . وبعبارة أخرى ، فان محكمة النقض الفرنسية - وان اعتمدت المعيار القانوني في تحديد ماهية العقد الدولي - لم تأخذ بكل الضوابط التي يوءدى اعتمادها الى ربط العقد بأكثر من نظام قانوني ،وانما اعتمدت بعض الضوابط فقط دون البعض الآخر كما سيتضح لنا في الفقرة التالية .

ب ) بيان العناصر الفعالة وغير الفعالة المعتمدة لاضفاء الصفة الدولية على العقد المتنازع عليه أو لاستبعادها عنه طبقا لحكم 1980/10/07 .

لو حللنا حكم 1980/10/07 الذى اعتمد المعيار القانوني لتحديد ماهية العقد الدولي - وان كان تبنى في ذلك منهجا سلبيا - فانه يمكن القول بأن هناك عناصر فعالة ،يمكن على ضوئها اضفاء طابع دولي على عقد ما ،وهناك عناصر أخرى ليست

فعالة في هذا الصدد .

1 ) فأما العناصر الفعالة التي يمكن استخلاصها من حكم 1980/10/07 و التي يمكن على ضوئها اعتبار عقد ما عقداً دوليا ، فانها تتمثل في ثلاثة عناصر تتحدد بجنسية الأطراف المتعاقدة ، و موطنهم ، و الاختيار التشريعي الذى قد يجريه أطراف العقد .

أ - فاختلاف جنسية الأطراف المتعاقدة يؤدى في منطوق محكمة النقض الفرنسية الى اضفاء الطابع الدولي على العقد المبرم ، و الواقع هو أنه قد سبق للقضاء الفرنسي بمقتضى حكم هيشت " Arrêt Hecht " ان اعتمد هذا المعيار اذ قررت محكمة استئناف باريس بتاريخ 19 جوان 1970 أن "الجنسية المختلفة لطرفي العقد تعتبر من قبيل العناصر التي يعول عليها لاضفاء الصفة الدولية على العقد المبرم " ، و هو ما يمكن استخلاصه أيضا بمفهوم المخالفة من حكم 1980/10/07 .

على أن اعتماد ضابط الجنسية لتحديد الصفة الدولية للعقد لم يلق تأييد بعض الفقهاء الفرنسيين الذين لم يعتبروه عنصرا فعالا في هذا المجال . و سندهم في ذلك أن ضابط الجنسية لا يعبر عن طبيعة العملية القانونية المبرمة (1) ، كما أنهم يرون أن الجنسية الأجنبية لأحد أطراف العقد لا يجب أن يترتب عليها حتما اضفاء الطابع الدولي على العقد المبرم ، و أن مثل هذه الملاحظة يتعين اعمالهما حتى في حالة ما اذا كان أحد الأطراف المتعاقدة وطنيا ، اذ لا يكفي في نظرهم أن يكون

---

(1) من أنصار هذا الاتجاه : أ/ ماييرفي مؤلفه القانون الدولي الخاص السابق الاشارة اليه بند 711 ص 572 ، و الأستاذ : لويس-ليكا في مقاله "نطاق التفرقة بين القانون الخاص و القانون الدولي الخاص" المنشور بـ Clunet لعام 1962 ص 884 .

أحد طرفي العقد مثلا فرنسيا ليقال أن العقد المبرم قد أصبح دوليا (1).

ب - كما أنه يمكن التأكيد على أن محكمة النقض الفرنسية قد اعتمدت ضابط الموطن في حكم 1980/10/07 لنفي الصفة الدولية عن العقد المتنازع عليه • على أنه رغم سكوت الحكم عن ذلك، فانه يتعين استخدام ضابط الموطن - حالة اعتماده - بكل حذر. فاذا كان موطن الطرفين المتعاقدين مشتركا وقت ابرام العقد، فان هذا العنصر لا يصلح لاضفاء الصفة الدولية على العقد المبرم. أما لو كان موطن الطرفين مختلفا وقت ابرام العقد، فان العقد المبرم سيصبح حينئذ مرتبطا بأكثر من نظام قانوني، ومن ثمّ فان هذا الاختلاف في موطن الأطراف المتعاقدة قد يؤدي الى اضفاء الصفة الدولية عليه (2).

جـ - وفيما يتعلق بالقانون المختار لحكم التنازع التشريعي المتعلق بالعقد، فانه قد يكفي أيضا لاضفاء الصفة الدولية على هذا العقد أو شكرانها عنه. فبالرجوع الى حكم 1980/10/07 نلاحظ أن محكمة النقض قد اعتمدت على حجة اتجاه ارادة الطرفين ضمنا الى اخضاع العقد للقانون الفرنسي لاضفاء الصفة الوطنية على العقد المبرم بين شركة بوردون وتازديو. نعم ان التمعن في الوقائع التي

---

(1) يراجع في ذلك: الاستاذ ب. جولدمان، في تعليقه المنشور بـ JCP - الجزء الثاني - رقم: 16927.

(2) وقد استعملنا عبارة "قد يؤدي"، لأن ضابط "الموطن" نادرا ما يعتمد وحده لاضفاء الصفة الدولية على العقد المبرم. يقارن في ذلك مقال ب - لويس - ليكا "نطاق التفرقة بين القانون الخاص والقانون الدولي الخاص" السابق الاشارة اليه ص 884. هذا ويلاحظ أن القضاء نادرا ما يعتد بضابط موطن الأطراف المتعاقدة • على سبيل المثال: نقض مدني (فرنسي) 14 فبراير 1934 المنشور بدالوز الدوري لسنة 1934، ج: 1، ص 78 مع تعليق Trobatas. وبسيريه لعام 1934 - ج: 1، ص 297 مع تعليق A. Mestre.

أدت الى صدور حكم تارديو يكشف عن أنه قد تمت الاشارة في هذا العقد الى تطبيق قانون كولومبيا خاصة فيما يتعلق بالأحكام الواردة بهذا القانون المتعلقة بالحماية الاجتماعية. غير أن هذه الأحكام - فيما يبدو - قد اعتبرت من قبيل قوانين البوليس، فضلا عن أن تطبيق الأحكام الواردة بقانون كولومبيا لم يكن من شأنه أن يمس حقيقة مؤكدة مؤداها أن ارادة الطرفين قد اتجهت الى اختيار القانون الفرنسي لحكم العقد بوصفه قانون الارادة.

على أنه يلاحظ بهذا الصدد أن استناد محكمة النقض الى اختيار الطرفين التشريعي لتكييف العقد المبرم بينهما واعتباره بناء على ذلك دوليا يعتبر أمرا خطيرا، لانه سيؤدي الى تغيير طبيعة الاشياء. ذلك أن المقرر هو أن اعطاء الأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق يعتبر في الأصل نتيجة مترتبة على الطابع الدولي للعقد. أما القول بخلاف ذلك واستخلاص وصف العقد بناء على الاختيار التشريعي الذي أجراه طرفا العقد فأمر غير منطقي، وفي هذا الصدد يقرر الأستاذ: ب. أوبيتيت B. Oppetit ما يلي:

" انه لا يجب الاستناد الى القانون المختار لاضفاء الصفة الدولية على العقد، بل ان الصفة الدولية للعقد هي التي تسمح باعمال قانون الارادة " (1).

---

(1) في تعليقه المنشور بـ Clunet لعام 1973 ص 394 على الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 1972. ومثل هذا المعنى الوارد بالمتن قد أكدته اتفاقية لاهاي المؤرخة في 15جوان 1955، والخاصة ببيان القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية المتعلقة بالأشياء المادية المنقولة، اذ نصت في مادتها 1/ 4 على" أن تصريح الطرفين بتطبيق قانون ما . . . لا يسمح باضفاء الطابع الدولي على العقد المبرم . . . "

2) وأما العناصر غير الفعالة : التي لم تعطها محكمة النقض أية عناية في حكم : 1980/10/07 ،فتتمثل في عنصرين هما : مكان الابرام ،ومكان التنفيذ .

ففيما يتعلق بمكان الابرام ،فان محكمة النقض لم تشر اليه اطلاقا وهي بصدد تحديدها لماهية العقد الدولي ،على الرغم من أن محكمة الاستئناف كانت قد أولته عناية هامة . ولعل عدم تركيز محكمة النقض على ضابط محل" الابرام مرجعه أن هذا الضابط غالبا ما يكون عارضا بالنسبة الى المصالح المتنازعة . كما أن عدم اعتماد محكمة النقض الفرنسية لضابط محل الابرام يساير المنحى الفقهي الغالب الذي يرى أن محل الابرام لا يجب أن يعتبر من قبيل العناصر الفعالة التي يتم اعتمادها لتحديد الطابع الدولي للعقد ،لأنّ هذا الضابط عادة ما يكون عارضا بالنسبة الى المصالح موضوع الاعتبار ،وأنه يسمح للأطراف بالتحايل لاضفاء الصيغة الدولية على عقدهم بالادعاء بأن العقد قد أبرم في دولة ما على الرغم من أن الحقيقة قد تكون غير ذلك (1).

وفيما يخص مكان التنفيذ ،فان الحكم الصادر عن محكمة النقض يفيد أنها قد أهدرت كل أهمية لهذا الضابط . نعم ان محكمة النقض الفرنسية لم تشر صراحة الى اهدار كل أهمية لمكان التنفيذ ،غير أنها استخدمت تعبيرا يفيد اعتمادها لهذا الحل ،وهو ما يتجلى في قولها " حتى لو كان أحد الطرفين مضطرا الى مغادرة

---

(1) يراجع في ذلك : باتيفول ولا جارد / المطول في القانون الدولي الخاص ، ج 2 ،باريس 1983 ،بند 580 ،ص 290 ،باتيفول / العقود والاتفاقات. المنشور بانسيكلوبيديا القانون الدولي ،بند 77 وما بعده ،الأستاذ مايير / القانون الدولي الخاص ،المرجع السابق ،بند 687 ،ص 555.
BATIFFOL(Henri) et LAGARDE (Paul) , DROIT INTERNATIONAL PRIVE , Tome 2, Paris 1983; BATIFFOL(H), Répertoire de droit international, DALLOZ, V° contrats et conventions.

فرنسا بمقتضى العقد المبرم ".

و الواقع هو أن هذا المنحى الذى اعتمدته محكمة النقض الفرنسية يخالف التطور القضائي السابق على صدور حكم 1980/10/07 الذى يعطي الأهمية القصوى لمكان التنفيذ (1). كما أنه يتنافى مع الأهمية التي اكتسبها ضابط مكان التنفيذ في اطار تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في مجال الالتزامات العقدية. ذلك أن مكان التنفيذ كثيرا ما يعول عليه من طرف الفقه لتحديد القانون الواجب التطبيق (2)، باعتباره أحد عناصر العلاقة التعاقدية، كما أنه يعتمد لتحديد المحكمة المختصة اذ تمّ تبنيه في المادة 46 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الحديث (3)، و هو الحكم الذى يمكن استفادته في الجزائر من المادة 9/ 1 و 7 من قانون الاجراءات المدنية (4) اذا ما عمدنا الى تطبيقهما

---

(1) الأستاذ: جاك ميستر Jacques MESTRE في تعليقه على قرار 1980/10/07 والمنشور بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1981 ص 313 و ما بعدها، و خاصة ص 329، البند 29.

(2) يراجع في ذلك: باتيفول ـ مقاله في العقود و الاتفاقات، بند 9، أ/ مايير ـ القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، بند 687، ص 555، لويس ـ ليكا/ مقاله السابق "في التفرقة ..." ص 884، لوسوارن و برودان، المرجع السابق البند 516 ص 599.

(3) اذ نصت هذه المادة على مايلي: "يجوز للمدعي، في المنازعات التعاقدية، أن يرفع دعواه اما أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل اقامة المدعى عليه، و اما أمام المحكمة التي يتم التسليم الفعلي للشيء أو الوفاء بالأداء في دائرة اختصاصها.

" Art. 46: Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur:
- en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de la prestation de service..."

(4) فقد نصت هذه المادة في فقرتها الأولى على أنه: "يجوز أن يرفع الطلب، اما الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه أو مسكنه". و أضافت في فقرتها السابقة أنه " في الدعاوى التجارية ... (يجوز للمدعي أن يرفع دعواه) أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد و تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها ".

في المجال الدولي ، تطبيقا للمبدأ المستقر عليه من أن "الاختصاص القضائي ليس الا تطبيقا لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي " (1).

على أنه اذا كانت محكمة النقض قد اعتمدت المعيار القانوني في تحديد ماهية العقد الدولي ،فان هذا الاتجاه الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية لم يلق تأييد قضاة الموضوع، وللتدليل على ذلك نشير الى أن محكمة "ديجون" قد قررت بمقتضى حكم صادر عنها بتاريخ : 9 جوان 1981 (2)، "أن القرض الذي يؤدي ،وقت ابرامه وحين تنفيذه. . . الى عملية مد وجزر للأموال فيما وراء الحدود ، يعتبر عقدا دوليا " ، وهو حكم ،كما يتضح من منطوقه ،قد ساير المنحى المعتمد سابقا من طرف محكمة النقض الفرنسية ، التي كانت تحت تأثير النائب العام Matter تستند الى المعيار الاقتصادي لاضفاء الصفة الدولية على العقد المبرم أو لنفيها عنه (3):

والى جانب هذا الحكم الصادر عن محكمة ديجون ،نشير الى أن محكمة استئناف تولوز قد قررت في حكم حديث لها صدر بتاريخ 1982/10/26 (4)، أنه :
" . . . اذا كان كل من المعيارين قد اعتبر في حد ذاته كافيا لاضفاء الطابع الدولي على الاتفاق، فان التفرقة بين المعيارين تبدو صعبة التحقيق، وانه باعتماد المعيارين يمكن استخلاص العنصر الأجنبي بكل وضوح " ورتبت على ذلك أنه " حيث أن العقد موضوع الاعتبار قد أبرم بمدينة ريينا بايطاليا ،بين شخصين مختلفي الجنسية، وان موضوعه يتمثل في قيام المواطن الايطالي باعطاء الطرف الفرنسي صلاحية اجراء تصرفات

---

(1) يراجع بصدد اقرار هذا المبدأ وضرورة اعتماده في ظل النظام القضائي الجزائري، ما سيأتي تفصيله بصفحة 312 وما يليها من هذه الرسالة .
(2) منشور بـ Clunet لعام 1983، العدد 1 ،ص 111.
(3) يراجع ما سبق، ص 17 من هذه الرسالة .
(4) والمنشور بـ Clunet لعام 1984 ،ص ص 605-606 مع تعليق : H. Synvet

بفرنسا ،... ( وان هذا العقد ) يؤدى الى تطبيق قواعد قانونية صادرة عن الدولتين (الفرنسية والايطالية ).

وحيث أن تطبيق هذه القواعد القانونية من شأنه أن يؤدى الى اعمال القواعد القانونية المتعلقة بمعطيات التجارة الدولية ، وبذلك فان المعيارين (القانوني والاقتصادى ) كانا متداخلين .

وحيث أن العقد بذلك تكون قد ثبتت له الصفة الدولية ... "

واذن ،فان محكمة استئناف تولوز باعتمادها هذا الحكم ، تكون قد تبنت المعيارين القانوني والاقتصادى لتحديد ماهية العقد الدولي . وهي بذلك تكون قد عادت الى الوراء لمسايرة بعض أحكام القضاء الفرنسي التي نحت هذا المنحى [1] ،وأفادت أن العقد لا يعتبر دوليا الا اذا تحققت فيه الشروط المتطلبة في كلا المعيارين . أى بتعبير آخر، أنه لاعتبار العقد دوليا ،فانه لا يكفي أن يكون مرتبطا بأكثر من نظام قانوني بل يتعين فضلا عن ذلك أن يمس معطيات التجارة الدولية . وهو ما يمكن التأكد منه من الاطلاع على منطوق الحكم الصادر عنها اذ أنها لم تقف عند حد الضوابط المتعلقة بمكان الابرام ، وجنسية الطرفين المختلفة ، وقيام أحد الطرفين بتمثيل مصالح الطرف الآخر في دولة أخرى، وهي كلها ضوابط ذات طبيعة قانونية محضة ،بل انها أشارت الى أن الأمر يتعلق بمصالح التجارة الدولية ، وهو جوهر المعيار الاقتصادى .

والواقع هو أن محكمة استئناف تولوز ،باعتمادها هذا الموقف ،تكون قد استجابت لرغبات الكثير من رجال القانون الذين عارضوا حكم " تارديو" على أساس

---

(1 ) يراجع بهذا الصدد جنكيز هيثبت السابق الاشارة اليه في صفحة 23 وما بعدها من هذه الرسالة .

أنه يضيق من نطاق العناصر التي تـفيد في تحديد الطبيعة الدولية للعقد (1).

وباشارتنا الى الضوابط التي اعتمدتها محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر عن غرفتها الأولى في 1980/10/07 لتحديد ما يعتبر من قبيل العقود الدولية وما يعتبر من قبيل العقود الداخلية، وباشارتنا أيضا الى موقف قضاة الموضوع من ذلك، نكون قد انتهينا من تحليل موقف القضاء الفرنسي، لننتقل الآن الى بيان موقف القضاء الأمريكي من هذه المسألة.

## المطلب الثاني

## موقف القضاء الأمريكي من ماهية العقد الدولي (2)

لقد ظهرت أهمية بحث مسألة العقد الدولي وتحديد ماهيته في القضاء الأمريكي من خلال حكمين أساسيين صادرين عن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، في قضيتين هامتين هما قضيتا : زاباتا ZAPATA (3)، وشيرك SCHERK (4).

---

(1) في هذا المعنى : A. PONSARD, la jurisprudence de la cour de cassation et le droit international commercial, Mélanges Goldman, Paris 1982, P. 241 et suiv. et spéc. P. 246.

(2) يراجع في ذلك على وجه الخصوص: ج . ر. د ولوم، ما هو العقد الدولي ؟ منشور بمجلة القانون الدولي -ج : 28، القسم 2، أبريل 1979، ص 258 وما بعدها . G.R. DELAUME, what is an international contract? An american and gallic dilemma, the ICLQ ; vol. 28, Part 12, April 197 9.

(3) M.S.Bremen and Western Reedered Gmb. H. V/ Zapata off shore Co, 407 U S 1 ; 92 St 1907, 32 L, Ed. 513 ( 1972 ). هذا وتجدر ملاحظة أن هذا الحكم اصطلح على تسميته أحيانا بحكم Bremen أو "Chaparral" استنادا إلى أسماء البواخر التي استعملت لتنفيذ العقد المبرم بين الطرفين .

(4) Scherk V. Alberto-Culver Co; 417 US 506, 94 S. Ct 2449, 41 L ; 2nd ed. 270 (1974).

اللتين فصلت فيهما هذه المحكمة على التوالي في سنتي 1972 و 1974. فقد أوضحت المحكمة العليا الامريكية في هذين الحكمين ، أنه في مجال التجارة الدولية التي تعرف توسعا هاما يمكن لطرفي عقد دولي أن يورد ا بعقدهما بنودا لا يجيزها القانون الداخلي ، وبناء على ذلك فلا يمكن لطرف أمريكي في عقد دولي أن يتحلل من الالتزامات التي تعهد بها بمل ء ارادته ازاء طرف أجنبي عن طريق التستر بأحكام القانون الأمريكي ، يستوى في ذلك أن يتعلق الامر ببيان القواعد الموضوعية التي تحكم العقد الدولي أوبقواعد الاختصاص القضائي . وقد رتبت المحكمة بعد تأكيدها لهذا المبدأ ، مبدأ آخر هاما جرى نصه على النحو التالي : " انه لا يمكننا اجراء عمليات تجارية دولية سواء في السوق الدولية أو المياه الدولية باعتماد مصطلحاتنا وحدها ، واخضاعها لقوانيننا ولاختصاص محاكمنا فقط ".(1)

وليس يخفى أن المحكمة العليا باقرارها لهذا المبدأ ، تكون قد نحت منحى القضاء الفرنسي وذلك باعطاء طرفي العقد الدولي الحق في تحديد القانون الذى يحكم عقدهما ، ومن ثم السماح لهما باستبعاد أحكام القانون الامريكي ، لأن أعطاء الأطراف مثل هذه الحرية هو وحده الذي يتماشى وطبيعة العلاقات التجارية الدولية (2).

هذا ، ولو حللنا معطيات هذين الحكمين الشهيرين والأحكام التالية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية الامريكية بعدهما ، لتبين لنا أن القضاء الامريكي قد

---

(1) " We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws and resolved in our courts."

يراجع في ذلك : Zapata, 92 S.Ct 1912 ; Scherk 94 S. Ct 2457

(2) ج.ر. دولوم ، " ما هو العقد الدولي ؟ " ، المقال السابق ـ ص 258.

تولى ارساء دعائم العقد الدولي وحددها بضابطين أساسيين يتمثلان في : جنسية الأطراف المتعاقدة، وموضوع العقد . أما المفاوضات فتلعب عنصرا ثانويا جدا . وفيما يلي تحليل موجز لهذه الضوابط الثلاثة .

1 ) جنسية أطـراف العقـد :

اذا رجعنا الى حكمي زابـاتا و شيرك[1] والى الأحكام التالية الصادرة عن القضاء الأمريكي بعد اصداره لهذين الحكمين، يتبين لنا أن غالبية الأحكام قد اعتمدت بضابط الجنسية المختلفة للأطراف المتعاقدة لاضفاء الصفة الدولية على العقد المبرم [2]. ومن بين هذه الأحكام المختلفة، نشير الى حكم صادر في 1975 معروف باسم " جاسكين ضد ستوم Gaskin V. Stumm " اعتبر البند الوارد بالعقد، والقاضي باعطاء الاختصاص القضائي للمحاكم الألمانية، بندا صحيحا لأنه ورد بعقد دولي، وهي صفة تم اضفاؤها على هذا العقد لكونه قد أبرم بين طرفين مختلفي الجنسية يتمثلان في : شركة ألمانية و مواطن أمريكي تم استخدامه كمدير للشركة ( manager ) تحت مسئولية شركة أمريكية تابعة لولاية نيويورك .

على أنه اذا كانت غالبية الأحكام قد اعتمدت ضابط الجنسية لتحديد طبيعة العقد و اضفاء الصفة الدولية عليه، فان هناك محاكم أمريكية نحت عكس ذلك، متأثرة في هذا الصدد بموقف القضاء الفرنسي . وقد اعتمد القضاء الأمريكي هذا المنحى

---

(1) Sherk 94 S. Ct 2445.

(2) يراجع في عرض الأحكام الصادرة عن القضاء الأمريكي، بعد قضيتي زاباتا و شيرك، التي اعتمدت بضابط اختلاف الجنسية لدى الأطراف المتعاقدة لاضفاء الصفة الدولية على العقد المبرم، مقال الأستاذ : ج . ورد ولوم تحت عنوان "ماهو العقد الدولي؟" الذي سبقت الاشارة اليه، ص 262 والبند 27 . كما يراجع بهذا الصدد كتاب transnational contracts لنفس المؤلف الصادر عام 1978، البند 6 و الهوامش 17 الى 20.

المخالف بصدد العقود التي تبرم بين شركة أمريكية واحدى فروعها الحاملة لجنسية دولة أخرى أو العكس ، اذ قرر استبعاد ضابط الجنسية ،والوقوف عند طبيعة العلاقة القائمة بين طرفي العقد ،فان تبين له أن هناك استقلالا فعليا ( effective independence )بين الطرفين فانه يعتد بضابط الجنسية ويضفي من ثم على العقد المبرم الطابع الدولي ، أما اذا تبين له أن هناك ارتباطا وثيقا بين الطرفين وتداخلا بينهما ( mutual independence ) فانه حينئذ يعتبر العقد وطنيا (1).
كما أن القضاء الأمريكي قد أصبح يعتمد ضابطا آخر لتحديد الطابع الدولي أو الداخلي للعقد عوض ضابط الجنسية ،يتمثل في كون العقد مرتبطا بأنظمة قانونية مختلفة . وهو المبدأ الذى أخذت به محكمة بيفسلفاينا في قضية فيوليسر ( Fuller Co V. Compagnie des B-auxites de Guinée ) التي فصلت فيها سنة 1976 (2) .

2 ) موضوع العقد :

اذا رجعنا الى حكمي زاباتا وشيرك ،فاننا نجدهما قد اهتما بموضوع العقد لاضفاء الصفة الدولية عليه . فقد أكد كل من هذين الحكمين أن العقد الدولي هو العقد الذى يتعلق بمعطيات التجارة الدولية (3) أو العقد الذى يرتبط بأكثر من نظام قضائي (4) وانه يتعين اضفاء الصفة الدولية على العقد الذى يرتبط بقوانين عدة دول (5) ،ويؤدى من ثم الى أعمال قواعد التنازع ولا يسمح بنساء

---

(1) يراجع في ذلك :ج .ر.د ولوم/ماهو العقد الدولي؟،المقال السابق،ص. 263.
(2 )في عرض معطيات هذا الحكم ،يراجع الاستاذ :ج .ر.د ولوم ،المرجع والموضع السابقان .

(3) Zapata, 92 S. Ct 1915.
(4) Zapata , ibid. ; Scherk 94 S. Ct 2455.
(5) Scherk 94 S. Ct 2455.

على ذلك بالتأكد مسبقا على وجه الدقة من القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تطرأ بصدد هذا العقد (1).

وتكملة لتحليلنا لماهية العقد الدولي في ظل القضاء الأمريكي، فاننا نشير الى أننا باستقرائنا للأحكام الصادرة عن هذا القضاء يمكننا استخلاص نتيجة عامة وهامة مؤداها " أن تحديد ماهية العقد الدولي يمكن أن يتم من خلال الاهتمام بموضوعه (أو بمحله) اذ تلعب العوامل القانونية والمعطيات الاقتصادية دورا تكامليا " . فمن الناحية القانونية، يتعين لاعتبار العقد دوليا أن يكون مرتبطا بعدة دول، وهو أمر يؤدي الى اعمال قواعد الاسناد بصدد هذا العقد، كما أنه يسمح لطرفيه باختيار الجهة القضائية التي يسند لها الفصل في النزاع الذي قد يحدث بينهما (2). ومن الناحية الاقتصادية، فان من بين العوامل التي تتم مراعاتها : تجاوز العقد حدود الدولة الواحدة فيما يتعلق بالخدمات التي حققها أو غزو أحد الطرفين لميادين اقتصادية جديدة.

3 ) المفاوضات :

لقد تم التأكيد بمقتضى حكمي زاباتا وشيرك على أن طرفي العقد كانا من ذوي الخبرة ومن رجال الأعمال الماهرين، وانهما ساعدهما في ابرام عقدهما خبراء، وأن العقد أبرم بعد مفاوضات طويلة جعلت العقد المبرم معبرا عن توافر ارادة حرة لدى كل من طرفيه، وهذه العناصر كلها تبين أن العقد موضوع الاعتبار يختلف عن بقية العقود العادية من حيث طريقة اجرائه (3).

---

(1) Scherk 94 S. Ct 2455.

(2) Scherk 94 S. Ct 2456.

(3) Zapata 92 S. Ct , PP. 1912, 1914; 1916 et 1917 ; Scherk 94 S. Ct. 2455.

كما أن اختيار القضاء الانجليزى للفصل في النزاع في قضية زاباتا ،يعبر بكل جلاء ، في نظر المحكمة العليا الأمريكية ،عن أن هذا الخيار كان وسلية للتوفيق بين الطرفين نظرا لتفضيل " أونتيرو يسير" وكيل الشركة للقضاء الألماني و اختيار زاباتا للقضاء الأمريكي ، و هو نفس التحليل الذى يصدق في اطار قضية شيرك و ان كان الأمر يتعلق بالاختيار التشريعي ،و أن القانون الذى أختير لحكم العقد هو قانون "ايلينوا" أى قانون ولاية أمريكية (١). وبعبارة أخرى فإن اختيار طرفي العقد للجهة القضائية التي تفصل في النزاع الذى يثار بينهما بمناسبة تنفيذ العقد أو تفسيره ، كان حصيلة اختيار سليم و دقيق،و أريد من اجرائه حماية كل من الطرفين من المثول أمام جهة قضاء أو هيأة تحكيم قد تضر بمصالحه .

و فضلا عن ذلك، فانه من المؤكد أن طرفي العقد ،كما هي الحال في قضية زاباتا، قد أشرفا على تسيير المفاوضات، و دليل ذلك هو قيامهما بوضع البنود ذات الطبيعة المالية ،و اختيارهما للجهة المختصة بالفصل في النزاع بناء على توقعاتهما و مراعاة لمصالحهما (2).

ان هذه المعطيات التي لا تدعو أصلا الى الغرابة اذا ما وضعت في اطار العقود الدولية ــ التي تتضمن استثمارات و مبالغ مرتفعة ــ تعتبر هامة فيما يتعلق بتحديد ماهية العقود الدولية . فهي تدعونا الى التساؤل عما اذا كان يتعين الاعتداد بضابط المفاوضات لاضفاء الصبغة الدولية على العقد أو لنفيها عنه خاصة و أن المفاوضات تلعب في اطار المعاملات ذات القيمة المالية الهامة دورا هاما يفوق الدور

---

(١) يراجع في ذلك :ج .ر.د ولوم ــ ماهو العقد الدولي؟ــ المقال السابق ، ص 266 ــ الهامش 46 .

(2) Zapata 92 S. Ct 1915.

الذى تلعبه في اطار بعض المعاملات المالية الأخرى .

وللاجابة على ذلك نذكر بما سبق لنا أن أوضحناه حين تعرضنا للقضاء الفرنسي، اذ أشرنا الى أن تحليل الأحكام الصادرة عن هذا القضاء تكشف عن أنه نادرا ما يعتد بعنصر المفاوضات. فقد كان هذا القضاء - كما لاحظنا - (1) يأخذ في البداية بعين الاعتبار المعيار الاقتصادى وحده، وكان يضفي بناء على ذلك الصفة الدولية على عقد ما اذا كان هذا العقد يؤدى الى اعمال القواعد المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، ثم أصبح يعتد - فيما بعد - بالمعيار القانوني وأنه بصدد اعماله لهذا المعيار كان يعتد أحيانا باختلاف جنسية طرفي العقد للقول بأن العقد يرتبط بأكثر من نظام قانوني .

واذا كان هذا هو منحى القضاء الفرنسي، فانه لا يختلف عن المسلك الذى أخذ به القضاء الأمريكي . فهذا القضاء مستقر، سواء في أحكامه الصادرة قبل حكمي زاباتا وشيرك أو في أحكامه اللاحقة لهذين الحكمين، على عدم اعتبار عنصر المفاوضات من قبيل العناصر الفعالة التي يعول عليها في تحديد الطبيعة الدولية للعقد (2).

وباشارتنا لموقف القضاء الأمريكي من العقد الدولي، وللعوامل التي اعتد بها هذا القضاء لاضفاء الصفة الدولية على العقد المبرم أو لانكارها عنه، نكون قد انتهينا من الاشارة الى موقف القضاء المقارن من ماهية العقد الدولي، وننتقل الآن لتحليل هذه الماهية في اطار التحكيم الدولي .

---

(1) تراجع صفحة 16 من هذه الرسالة .

(2) يراجع في عرض بعض الأحكام القضائية التي أكدت هذا المبدأ، مقال أ/ج .ر. د ولوم تحت عنوان "ماهو العقد الدولي؟" ، السابق الاشارة اليه ، ص 268 ، الهامش رقم : 53 .

## المبحث الثاني

## ماهية العقد الدولي في اطار التحكيم الدولي .

يكشف تحليل قرارات التحكيم الدولية عن أن المحكمين قلما يهتمون بتحديد ماهية العقد الدولي . و لعل مرجع ذلك يكمن في أن كل العقود التي تعرض عليهم لا تثير اشكالا بشأن تحديد طبيعتها . فالعقود التي تعرض عليهم تتسم كلها بالطابع الدولي ، و يتم اضفاء هذا الطابع (الدولي ) عليها اما بادراج شرط تحكيم ضمن بنودها ، أو باختيار قانون [1] لحكم المنازعات التي قد تطرأ بشأنها . و مثل هذا الخيار يعتبر في نظر هيآت التحكيم دليلا كافيا في حد ذاته على توافر الصفة الدولية للعقد المبرم [2].

على أن هذه الحقيقة لم تمنع أحد المحكمين من التعرض لتحديد ماهية العقد الدولي و ذلك بمقتضى القرار التحكيمي الصادر عنه خلال سنة 1980 تحت رقم : 3130 [3].

و تتخلص الوقائع التي أدت الى صدور هذا القرار التحكيمي في أنه أبرم عقد بين شركتين سويسريتين : (أ) و (ب ) ، بمقتضاه تعهدت الشركة الأولى (أ ) بأن تبيع للثانية (ب ) لحم الحمير بقصد الاستهلاك البشرى . وكان من المقرر أن يتم استيراد هذه اللحوم من تركيا الى فرنسا . غير أن الشركة البائعة (أ ) امتنعت عن تسليم الشركة المشترية (ب ) كمية اللحوم المتفق عليها بدعوى أن استيراد هذه اللحوم

---

(1) مع ملاحظة أن عبارة "قانون" يجب أن تفسر هنا تفسيرا موسعا . يراجع ما سيأتي تحليله بهذا الصدد ، بصفحة 255 و ما يليها من هذه الرسالة .

(2) يراجع في تأكيد ذلك : قرار التحكيم الصادر في قضية تيكساكو ، و المنشور ب : Clunet لعام 1977 ص 350 و مابعدها ، وخاصة ص ص 359-360 ، البند 42 و ما بعده .

(3) و المنشور بـ Clunet لعام 1981 ، ص 922 و ما بعدها .

الى فرنسا يعتبر غير مشروع لانه محظور قانونا بفرنسا . وهو ما نازعت فيه الشركة (ب) التي أوضحت أن ذلك يدخل في نطاق اختصاصاتها وأنه لا يمكن من ثم للشركة البائعة أن ترتكز على هذه الحجة لتستحلل من التزاماتها العقدية .

ولما عرض هذا النزاع على الحكم الوحيد ، فانه تولى ، قبل التعرض لتحديد ما اذا كان هناك اخلال بالعقد من عدمه ، البحث في طبيعة العقد ، وتساءل عما اذا كان العقد المبرم عقدا دوليا أو غير دولي ، فأوضح بهذا الصدد ما يلي :

" حيث أن العقد (موضوع النزاع) . . . قد أبرم بباريس بين شركتين كلتاهما من جنسية سويسرية ، وأن هذا العقد قد اكتفى بالاشارة الى أن الاشكالات التي تطرأ بصدده تحل بواسطة التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية .

وحيث انه يتعين التذكير بداءة بأن البيع المبرم يعتبر دوليا على الرغم من أن كلا من البائع والمشترى يحمل نفس الجنسية ، خاصة وأن هناك عناصر خارجية لحقت هذا العقد كمكان توقيعه ، ومكان التسليم ، ومكان الشحن .

وحيث أن هذه العناصر تضفي على التحكيم المطلوب اجراؤه طابعا دوليا ، وتجعل منه تحكيما دوليا .

وحيث أن النزاع ( القائم بين الطرفين ) يتضمن مساسا بشئون التجارة الدولية ، وأن هذا العامل يعتبر فعالا لاضفاء الطابع الدولي على التحكيم المطلوب اجراؤه ، على الرغم من أن طرفيه ينتميان لنفس الدولة " .

ان تحليل هذا القرار التحكيمي يكشف اذن عن أن الحكم الوحيد قد تبنى المعيارين معا : القانوني والاقتصادي في تحديده للطبيعة الدولية للعقد موضوع النزاع ، وان كان قد ركز على المعيار الاقتصادي في هذا الصدد . ذلك

أنه اذا كان الحكم الوحيد قد أشار في البداية الى أن تطبيق المعيار القانوني يوءدي الى اضفاء الصفة الدولية على العقد المبرم لأنه يجعله مرتبطا بأكثر من نظام قانوني ، فانه أعطى أهمية فائقة للمعيار الاقتصادي بقوله أن النزاع يتضمن مساسا بمعطيات التجارة الدولية ، وأن هذا العامل يعتبر فعـالا ( cela est détermi- nant ) لاضفاء الطابع الدولي على التحكيم المطلوب اجراوءه . . . "

والواقع هو أن تركيز الحكم على المعيار الاقتصادي في هذا القرار التحكيمي لا يعتبر أمرا غريبا ، اذ أنه يندرج ضمن الاتجاه العام الذي بدأ يسيطر على التحكيم المتعلق بالمنازعات الدولية . وكدليل على ذلك نشير الى أن الفقـه الفرنسي كان يوءيد هذا المعيار لأنه ارتأى فيه وسيلة لتوحيد الحلول المعتمدة في مجال التجارة الدولية ، وتمكين كل العمليات التجارية من الاستفادة من الميزات التي تستأثر بها العلاقات الخاصة الدولية اذا ماقورنت بالعلاقات الداخلية (1) . كما أن المشرع الفرنسي قد تبنى المعيار الاقتصادي في اطار القانون الذي أصدره لتنظيم التحكيم الدولي الذي يتسم اجراوءه بفرنسا (2) .

---

(1) يراجع في ذلك : د انييل أليكسندر ، تعليقه في مجموعة د اللوز لسنة 1972 ص 37 على حكم ايمبكس Impex الصادر عن محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 18 ماي 1971 ، وفيليب فوشار ، مقاله بمجلة التحكيم لسنة 1970 ، ص 75 والمراجع التي أشار اليها .

(2) الصادر بالمرسوم رقم 81-500 الموءرخ في 12 ماي 1981 والذي عدل المواد من 1492 الى 1507 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي .

وفي تحليل الأحكام الواردة بهذه المواد يراجع : Patrick LEVEL; réforme de l'arbitrage international, decret N° 81- 500 du 12 Mai 1981 (nouveau code de procédure civile, articles 1492 à 1507 ), in JURIS-CLASSEUR DE PROCEDURE CIVILE, réforme de l'arbitrage international , Art. 1003 à 1028 , fascicule VII , 1981; Ph. FOUCHARD , introduction, spécifité de l'arbitrage international, in Rev. arbitrage ,1981, N. 4, P. 449 et suiv.

فبالرجوع الى المادة 1492 من قانون الاجراءات المدنية الجديد نجدها قد عرفت التحكيم الدولي بقولها : " يعتبر التحكيم دوليا متى كان يؤدي الى المساس بمصالح التجارة الدولية " (1). ولو تفحصنا هذا التعريف التشريعي للتحكيم الدولي الوارد بالقانون الفرنسي، والذي يمكن على هداه تحديد ماهية العقد الدولي، فاننا سنلاحظ أنه قد ساير المنحى الذي سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن اعتمدته في حكمي "ماردلي" و "دامبريكورت" تحت تأثير المدعي العام " ماتير MATTER " والصادرين على التوالي في سنتي 1930 و1931.

فالمشرع الفرنسي وقف بمقتضى هذا التعريف عند مستوى الاعتبارات الاقتصادية وحدها، واستبعد المنحى الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكم تارديو، كما أن المشرع الفرنسي قد اعتد بمقتضى هذا التعريف بموضوع العقد وحده، أي بالعملية الاقتصادية المبتغى تحقيقها من وراء ابرام العقد الذي كان سببا في اللجوء الى التحكيم، وأهدر كل اعتبار للضوابط القانونية المعول عليها عادة لتحديد ماهية العقد الدولي كجنسية أطراف العقد والمحكمين، أو مقر اقامتهم، أو مكان ابرام العقد، أو مكان اجراء التحكيم. وبعبارة أوضح، فان المشرع الفرنسي قد آثر الوقوف عند المعيار الاقتصادي وحده (2).

---

(1) " Art. 1492 C.P.C.Fr: Est international , l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international."

(2) هذا مع ملاحظة أن الفقه الفرنسي يرى أنه يجب تفسير عبارة "التجارة" الواردة بالمادة 1492 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسية الجديد — والتي اتخذت كمعيار لتحديد ماهية التحكيم الدولية بصفة أصلية، والعقد الدولي بصفة تبعية — تفسيرا موسعا. وفي ذلك يقرر الاستاذ :فيليب فوشار Philippe FOUCHARD (في مقاله السابق الاشارة اليه تحت عنوان "خاصية التحكيم الدولي، ص 463) أن عبارة "التجارة" يجب أن تفسر تفسيرا موسعا، بحيث لا يقتصر مجال اعمالها على عمليات التبادل والانتاج، بل يجب أن يتسع ليشمل أيضا الخدمات المقدمة ( prestations de service ) والنشاطات المتعلقة بالبناء ( activités de construction ) والاستثمارات الصناعية والمالية.

ومثل هذا المنحى القائم على أساس تفضيل المعيار الاقتصادي يمكن أن نجد له تطبيقا في اطار القانون الجزائري ايضا. ذلك أن كل العقود الدولية التي أبرمتها الجزائر تندرج في اطار عملية التنمية الاقتصادية ، وتتضمن حتما المساس بمصالح التجارة الدولية ، كما أنها تؤدي بالضرورة الى عملية "مد وجزر" للمنشآت الاقتصادية فيما وراء الحدود . وما يقال عن العقود المتعلقة بالمنشآت الاقتصادية يصدق أيضا بالنسبة الى الخدمات التي تقدم في اطار التعاون ، لأن هذه الخدمات تتجاوز حدود الدولة الواحدة وتصاحبها عادة عملية نقل العملة الصعبة فيما وراء الحدود مقابل الخدمات المقدمة .

وخلاصة القول اذن هي أن التحكيم الدولي يتجه الى تفضيل المعيار الاقتصادي وهو بصدد تحديده لماهية العقد الدولي ، ومثل هذا الأمر ليس غريبا . فالتحكيم الدولي يتدخل عادة بصدد المنازعات التجارية ذات الطابع الدولي ، ولذلك فانه يستند الى الضابط الاقتصادي باعتباره يتماشى وطبيعة هذه المنازعات التجارية التي تتجاوز حدود اقليم الدولة الواحدة وتمس اقتصاد اكثر من دولة .

## المبحث الثالث

**رأينا في الموضوع : وجوب الأخذ بالمعيارين : القانوني والاقتصادي وتطبيقهما تطبيقا جامعا لتحديد ماهية العقد الدولي**

من خلال التحليلات السابقة يتضح لنا أن الفكر القانوني لم يستقر بعد على المعيار الذي يتعين اعتماده لتحديد ماهية العقد الدولي . فهناك اتجاه أول يؤثر اعتماد المعيار الاقتصادي ، وهناك اتجاه ثان يفضل الأخذ بالمعيار القانوني ، وبين هذين الاتجاهين ظهر اتجاه ثالث اتخذ موقفا وسطا وعمد الى تبني المعيارين معا .

ونحن من جانبنا نرى الأخذ بالمعيار الذي اعتمده الاتجاه الثالث في تحديده لماهية العقد الدولي .

فالمعيار القانوني ، بوقوفه عند حد تطلب ارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني لاعتباره دوليا ، قد يؤدي الى اضفاء الصفة الدولية على العقد ، على الرغم من أن هذا العقد قد يكون في حقيقته عقدا داخليا (وطنيا) . ومثل هذه الخطورة تتجلى خاصة اذا ما تم التساهل في العناصر القانونية المعول عليها لاعتبار العقد دوليا ، كاختلاف جنسية الأطراف المتعاقدة ، أو مكان الابرام ، لأن هذين العنصرين لا يمكن اعتبارهما من قبيل العوامل الفعالة في تحديد الطبيعة الدولية أو الداخلية للعقد المبرم ، وغالبا ما يكونان مجرد عنصرين عارضين . كما أن الاعتداد بمحل الابرام قد يفتح باب التحايل أمام الأطراف المتعاقدة لأنه

قلما يمكن التأكد من صحته ومطابقته للواقع .

يضاف الى ذلك أن الوقوف عند المعيار القانوني وحده قد يؤدي الى التضييق من نطاق أعمال فكرة العقد الدولي . وهو ما حدث مثلا في قضية تارديو السابق الاشارة اليها والتي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر بتاريخ : 1980/10/07 (1).

كما أن المعيار الاقتصادي ، بتأكيده على " معطيات التجارة الدولية " وحدها ، قد يؤدي الى نفي الصفة الدولية عن الكثير من العقود ، على الرغم من أن هذه العقود قد تصبح دولية اذا ما أخذنا بالمعيار القانوني . وصورة ذلك مثلا أن يبرم عقد بيع بين فرنسي وجزائري بالجزائر ، فمثل هذا العقد يعتبر داخليا طبقا للمعيار الاقتصادي لانه لم تصاحبه عملية "مد وجزر" الى ما وراء الحدود على الرغم من أنه يعتبر دوليا لو أخذنا بالمعيار القانوني اذ أن اختلاف جنسية طرفيه يؤدي الى ربطه بأكثر من نظام قانوني .

ودرءا لهذه الصعوبات التي يؤدي اليها كل من المعيارين القانوني والاقتصادي اذا ما تم تطبيق كل منهما على حدة ، فاننا نفضل تطبيق هذين المعيارين تطبيقا جامعا . وبناء على ذلك ، فانه لا يمكن اعتبار عقد ما ، في نظرنا ، دوليا الا اذا استوفى الصفة الدولية وفقا لمعطيات المعيارين معا .

نعم اننا لا ننكر أن كل عقد اذا ما اعتبر دوليا طبقا للمعيار الاقتصادي يؤدي

---

(1) يراجع ما سبق ص 25 وما بعدها من هذه الرسالة .

حتما الى اعتباره كذلك أيضا طبقا للمعيار القانوني ،لأن تجاوز العملية ،موضوع العقد ،لحدود اقليم الدولة الواحدة يؤدي حتما الى ربط العقد المبرم بأكثر من نظام قانوني . على أن العكس ليس صحيحا ،اذ أن العقد قد يعتبر دوليا بالمنظار القانوني ، ولكنه يبقى داخليا اذا ما راعينا معطيات المعيار الاقتصادي وهو ما يصدق على ضوء مثال الطرف الجزائري المتعاقد مع فرنسي السابق الاشارة اليه ،متى كانت العملية الاقتصادية المبتغاة لم تتجاوز حدود الاقليم الجزائري .

على أن اعتمادنا لفكرة التطبيق الجامع للمعيارين ترد عليه القيود التالية :

ففيما يتعلق بالعناصر المعول عليها من الناحية القانونية الصرفة ، نرى الوقوف عند موطن طرفي العقد أومحل اقامتهما ،ومحل أومحال التنفيذ ، واستبعاد كل من اختلاف جنسية الأطراف المتعاقدة ومحل الابرام من نطاق العوامل التي يعتد بها لاضفاء الصفة الدولية على العقد ،ذلك أنه ،كما سبق أن أوضحنا (1) ،كثيرا ما يكون هذان العاملان من قبيل العوامل العارضة، فاختلاف الجنسية ليس عاملا فعالا في حد ذاته . كما أن مكان الابرام بدوره لا يكتسي أية أهمية ،فضلا عن أن هذا المكان قد يكون عارضا ،فان الأخذ به يفتح الباب على مصراعيه أمام التحايل اذ قد يزعم طرفا عقد متحدا الجنسية مثلا بأن عقدهما قد أبرم بدولة أخرى غير الدولة التي يحملان جنسيتها ليتوصلا الى تحقيق نتائج لم يكن بمستطاعهما تحقيقها لو اعتبر داخليا (2)

(1) يراجع ما سبق ،ص 48 من هذه الرسالة .

(2) يراجع في ذلك ما سبق تحليله في صفحة 48 من هذه الرسالة.

كما أنه اذا كان محل الابرام قد لعب دورا هاما في السابق لسهولة تركيزه ، فانه يصعب في الوقت الحاضر تحديده على وجه الدقة. وصورة ذلك أن يتم ابرام عقد بين طرفين أثناء تواجدهما بطائرة كانت تحلق عبر عدة دول، أو بقطار عبر عدة دول قبل أن يصل الى الهدف المنشود ، ففي مثل هذا الفرض يبدو من الصعب تركيز مكان الابرام في دولة معينة. وهو خلاف ما يحدث اذا ما أخذنا بضابطي : الموطن ( ملحقا به محل الاقامة ) ومحل التنفيذ . ذلك أن الموطن ومحل الاقامة بتضمنهما عنصر الاستقرار يحولان دون فتح باب التحايل... وأن اختلافهما بالنسبة الى طرفي العقد يؤدي حتما الى ربط العقد بأكثر من نظام قانوني ، لأن موطن الشخص ومحل اقامته هما المكانان اللذان تتركز بهما مصالحه عادة. كما أن محل التنفيذ هو الذي تتحقق في ظله العملية القانونية المبتغى تحقيقها من وراء ابرام العقد(1)، فان تعدد هذا المحل كان ذلك كافيا في حد ذاته لربط العقد بأكثر من نظام قانوني. غير أنه اذا اتحد محل التنفيذ ، فانه في هذه الحالة يتعين تكملة هذا الضابط بضابط موطن أطراف العقد ، يستوى في ذلك أن يكون هذا الموطن موحدا أو متعددا طالما أنه لا يتمركز مع محل التنفيذ في نفس الدولة .

وبالنسبة الى المعيار الاقتصادي، فان عبارة " التجارة" التي تعتبر أحد مكوناته يجب ألا تفسر تفسيرا ضيقا ليقتصر مجال

(1) LOUSSOUARN (Y) et BOUREL (P), droit international privé, Paris, Dalloz, 1978, N.377, P.482.

اعمالهـا على ما يعتبر فقط من قبيل " العمليات التجارية" في ظل القانون التجارى الداخلي ، بل انه يتعين تفسير هذه العبارة تفسيرا موسعا بحيث تشمل كل العمليات التي تندرج ضمن النشاط الاقتصادى الدولي . ذلك أن هناك كثيرا من الأشخاص كالعمال والفلاحين والمؤلفين ورجال الفن لا يعتبرون تجارا طبقا للأحكام الواردة بالقانون التجارى الجزائرى ، غير أنهم باعتبارهم يقومون باجراء عمليات تندرج ضمن النشاط الاقتصادى الدولي يتعين اضفاء الطابع الدولي على هذه العمليات التي يقومون باجرائها .

وباشارتنا الى ضرورة تطبيق المعيارين : القانوني والاقتصادى تطبيقا جامعا باعتبار أن هذا الحل هو وحده الذى يسمح لنا بتحديد ماهية العقد الدولي بشكل واضح ودقيق، فاننا ننتقل الآن الى بيان القانون الذى يحكم العقد الدولي .

# الباب الثاني

## بيان القانون الذي يحكم العقد الدولي

توطئة :

اذا كان المبدأ المقرر في ظل تنازع القوانين في الوقت الحاضر ، هو ضرورة اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما ، فان هذا المبدأ لم يكن ليستقر دون منازع . ذلك أن هذا المبدأ قد تعرض لتيارين : أولهما ينكر مسألة اخضاع العقد وجوبا لقانون دولة ما ، وهو ما أدى الى نشأة نظرية تعرف باسم " نظرية العقد المتجرد من القانون " la théorie du contrat sans loi "(1) وثانيهما وهو اتجاه ظهر منذ حوالي عشرين سنة حاول تحرير العقد الدولي من فكرة الخضوع لكل قانون وطني مستهديا في ذلك بمصالح التجارة الدولية ، وطالب بناء على ذلك باخضاع العقد لقواعد تجارية خاصة تجد مصدرها في ما استقر عليه التعامل التجاري الدولي ، وفي المبادئ المقررة من قبل هيئات التحكيم الدولية (2) وهو تيار تولد عنه الانتقال من فكرة " تركيز العقد الدولي localisation du contrat international الى فكرة اخضاع

---

(1) في تحليل أحكام هذه النظرية : P. Level, le contrat dit sans loi, trav. du com. fr. de dr. int. pr. 1967 ,P.209; Peyrefitte, le problème du contrat dit sans loi, D. 1965.113; W. Wengler, immunité législative des contrats internationaux, R. 1971.637 ; P. Lalive, réflexions sur l'Etat et ses contrats internationaux, IUHEI , Genève 1976, collection "Conférences", Nº 12; G.HORSMANS, et M. VERMILGHEN , stabilité et évolution du contrat économique international, in le contrat économique international, Paris, Pédone, 1975,P. 642 et suiv.; J-M Jacquet, op. cit. N.101 et suiv., P. 79 et suiv.

(2) وقد ظهر هذا الاتجاه واضحا في الدراسات التي قدمت بهذا الصدد نذكر من بينها : STOUFFET, le crédit documentaire, Paris 1957; Ph. Kahn, la vente commerciale internationale, Paris, Sirey 1961; Ph. Fouchard, l'arbitrage commercial international, Paris, Sirey 1965; Goldman, droit du commerce international, cours polycopié, série les Cours du droit, Paris; 1970-1971.

العلاقات التعاقدية الدولية لأحكام دولية مستقلة عن القوانين الوطنية ( internationalisation des rapports contractuels )[1]، وقد كان لهذا الاعتبار أهميته، اذ أنه أدى بالفكر القانوني الى الاتجاه نحو البحث عما اذا كان من شأن هذه الأعراف والعادات التجارية الدولية الحلول محل القوانين الوطنية لحكم المشاكل التي قد تطرأ في اطار العلاقات التجارية الدولية.

هذا، ويجدر بنا أن نشير الى ملاحظتين :

فأما الملاحظة الأولى فمؤداها أنه على عكس ما قد يتراءى في الظاهر للقارئ، فان التيارين متعارضان، ذلك أن التيار الأول المعروف تحت اسم " نظرية العقد المتجرد من كل قانون " يمانع في اخضاع العقد الدولي لأية أحكام قانونية، بدعوى أن الاتفاق المبرم بين الطرفين وحده كاف لتنظيم كل العلاقات الناشئة بينهما، في حين أن التيار الثاني - وان طالب بتحرير العقد الدولي من اخضاعه لقانون دولة معينة - يرى تعويض القانون الوطني بمقتضيات الأعراف والعادات التي تحكم العلاقات بين التجار في المجال الدولي.

وأما الملاحظة الثانية، فمضمونها أنه اذا كان التيار الأول قد استبعد كلية، واذا كان التيار الثاني قد طبق - كما سيتضح لنا - في اطار محدود جدا وهو اطار النشاط التجاري الدولي، فان المبدأ المقرر في غالبية التشريعات والقضاء المقارن يبقى متمثلا في ضرورة خضوع العقد الدولي لقانون دولة ما[2].

---

(1) يراجع في تحليل هذا التيار : Prosper WEIL, problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, Recueil de cours, Académie de la Haye, 1969. III. P 101 et suiv. ; Mohand ISSAD ; droit international privé, tome 1, 1° édition, 1980, P. 303 et suiv.

(2) DEBY-GERARD (Fr), le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, thèse, Paris, Dalloz, 1973, N. 218 et suiv, P. 180 et suiv

## الفصل الأول

xxxxxxxxxxxx

### استبعاد نظرية العقد المتجرد من كل قانون

اذا كان هناك تيار قد قرر - كما أسلفنا - أنه بامكان أطراف العقد أن يفلتوا في اطار عقودهم الدولية من الخضوع لأى قانون ، مع ما يترتب على ذلك من الاستبعاد الكلي لمنهج التنازع (1) ،فان هذا التيار لم يعد له ما يسانده ، في الوقت الحاضر، اذ أن المبدأ المستقر عليه - سواء في الفقه أو القضاء أو التشريع المقارن - هو أن "الاتفاقات لا تكتسي قوة الزامية الا اذا كانت قد أبرمت طبقا للقانون ، و احترمت حين ابرامها الحدود المقررة لها قانونا" (2).

و الواقع هو أن استبعاد نظرية العقد المتجرد من كل قانون يعتبر أمرا منطقياءلأن هذه النظرية تتعارض مع المبادئ المعتمدة بصدد تكوين العقد ، كما أنها لا تتماشى مع الأحكام القانونية التي يطبقها القاضي عادة اذا ما عرض عليه نزاع متعلق بعقد دولي .

ففيما يتعلق بتكوين العقد ، فان المقرر هو أن العقد - باعتباره أحد نوعي التصرف القانوني - لا يمكنه أن يكفي نفسه بنفسه و أنه ليس بمستطاعه أن يرتب آثاره القانونية الا اذا أبرم طبقا للشروط المحددة قانونا . و هو المعنى الذى

---

(1) ب. ليغيل ،تدخله أمام المجمع الفرنسي للقانون الدولي الخاص،المرجع السابق ، ص 203.

(2) H. BATIFFOL, note sous cass. civ. 21 Juin 1950 ; R. 1950.609; et aspects philosophiques de droit international privé, Dalloz, Paris, 1956, N. 32, P. 75.

أكدته المادة 1134/ 1 من تـقنيـن نابليون ـ باعتباره أول تـقنين يوضع في العالم ـ بنصها على أن "الاتفاقات المبرمة في حدود القانون . . . Les conventions légalement formées........... هي وحدها التي تلزم أطـرافها ، وأن ارادة هذه الأطراف وحدها ليست كافية للسماح للاتـفاق المبرم بينهمـا بترتيب آثاره ، وهو نفس المعنى الذى أكدته المادة 59 من القانون المـدني الجزائرى بنـصها على أن العقد " يتـم . . . بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن اراد تيهما المتطابقين دون الاخلال بالنصوص القانونية "، وهي مادة كسابقتهـا تـفيد أن تطابق الارادتين لا يكفي وحده لتمكين العقد من ترتيب آثاره ، بـل يتعين أن يكون هذا التطابق قد احترمت بشأنه الأحكام المقررة قـانونـا ، بحيث اذا ما خالف هذه الأحكام فانـه لا يـستطيع أن ينـشأ قانونـا .

واذن ، فان تحليل العقد يكشف عن أن كل عـقد " يتضمن دوما بالاضافة الى توافق ارادة طرفيه ، شيئا آخر غير مرتبط بهذه الارادة ، وهو شيء يجد مصدره في القانون " (1) . كما أنه يفيـد أن النظام القانوني أسبق من حيث الـوجـود على العقد ، وأن كل عقد حين تكوينه يبـقى خاضعـا للقانون حتى يرتب آثـاره . ومثل هذا الحكم لا يصدق بالنسبة الى العقود الداخلية فحسب ، بل يتمد اه ليشمل العقود الدولية أيضا خاصة وأن هذه العقود حين اخضاعها لمنهج التنازع تصبح خـاضعة لـقانون دولة ما سواء فيما يتعلق بـقيامها أو بمدى قـدرتهـا عـلى انتـاج آثـارهـا .

---

(1) ج .م .جاكي / رسالته في مبدا سلطان الارادة والعقود الدولية ، بنـد 102، ص 79.

ومما يؤكد ضرورة ربط العقد بقانون دولة ما ، باعتباره المنحى الذى اعتمدته مختلف الأنظمة القانونية الوطنيـة (1) ، هو أنه قـد تثار مسائل بصدد العقد لا يمكن حلها بالاستناد الى العقد وحده . وصورة ذلك أن يتعلـق الأمر بعقد مبرم بين انجليزى وفرنسي . فلو تمسك الطرف الانجليزى بـأن ارادته قد لحقها العيب المعروف في القانون الانجليزى تحت اصطـلاح misrepresentation – والذى لا يدخل لا في إطار الغلط ولا في اطار التدليس المعتمدين في القانون الفرنسي – فانه سيستحيل هنا على القـاضي الفرنسي أن يستنـد الى العقد وحده لبيان الحكم القانوني الواجب التطبيق اذ أنه سيصعب عليه استخلاص نظرية عـامة لعيوب الرضا انطلاقا من العقد المبرم بين الطرفين . ولذلك ، فان القاضي الفرنسي سيكون مضطرا للرجـوع الى أحـد القانونين : القانون الانجليزى أو القانون الفرنسي ، فان طبق القانون الانجليزى فانه سيستجيب لطلب المدعي ، أما اذا طبق القانون الفرنسي فانـه سيرفض الاستجابة لهذا الطلب ، واذن فان هذا المثال يكشف عن أنه لا وجود لـفـكرة العقد المتجـرد من كـل قـانون (2) .

كما أنه مما يدعو الى وجوب الاستناد الى قانون دولة ما لحل المشاكل الـتي قد تطرأ بصدد العقد الدولي ، هو أن التطبيق الدولي ، كما سيتضح لنـا (3) ، قد كشف أن المحكمين غالبـا ما يكونون مضطرين الى الاستناد الى قانون دولة ما لحل النزاع المعروض عليهم على الرغم من أنه قد يدرج بالعقد المبرم بـين

---

(1) يراجع ما سيأتي تحليله بصفحة 124 ومابعدها من هذه الرسالة .

(2) باتيفول ، المظاهر الفلسفية للقانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، بنـد 74 ، ص 77 .

(3) يراجع ما سيأتي تحليله بصفحة 76 وما بعدها من هذه الرسالة .

طرفي النزاع بند يقضي بحل النزاع وفقا لبنود العقد التي تعتبر قانون الطرفين. ذلك أنه كثيرا ما اتضح أن العقد لا يواجه كل الفروض فيضطر المحكمون حينئذ الى الاستعانة بقانون دولة ما لسد النقص الذى يشوبه.

يضاف الى ذلك أنه اذا كان بالامكان أن نتصور من الناحية النظرية عقدا بدون قانون يحكمه، فانه من الناحية العملية يستحيل تصور ذلك. فالقاضي يكون مضطرا في كل الحالات الى الاستناد الى عناصر معينة لكي يتأكد من أن الاتفاق الذى تم بين الطرفين جدى وأنه قادر على ترتيب آثاره.

نعم، قد يقال أن العلاقات التجارية الدولية تتعارض-نظرا لطبيعتها-مع اخضاعها لقانون دولة ما. غير أن القول باخضاع العقد لقانون ما لا يتعارض في نظرنا مع تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية بصدده، والتي يتعين اعتبارها بمثابة " قانون " بالنسبة الى التجار. فهذه العادات والأعراف تنطوى على عنصر الجزاء الذى يتمثل في اقصاء التاجر الذى أخل بهذه القواعد التجارية من عادات وأعراف المجموعة التي ينتمي اليها. ومثل هذا الفرض يثبت أن العقد يعتبر في كل الأحوال ظاهرة اجتماعية بحيث لا يمكن فصله عن المجال الذى يوجد به، أى فصله عن قانون ما، ويستوى في ذلك أن يكون هذا القانون من صنع المشرع في دولة ما أو أن يكون وليد التطبيق الدولي (1).

---

(1) H. BATIFFOL , la sentence ARAMCO et le droit international privé, R. 1964, P. 655.

حيث أوضح أنه لابد لكل عقد من قانون يحكمه، وأن القاضي بصدد تحديده لهذا القانون يكون مضطرا الى مراعاة المجال الذى نشأ هذا العقد في اطاره.

وفضلا عن الاعتبارات السابقة، فانه يجدر التنبيه الى أن الأطراف مهما بلغوا من الحيطة و الحذر فانهم لا يمكنهم أن يتوقعوا الحلول لكل المشاكل التي تطرأ مستقبلا بصدد العقد المبرم. وحتى لو فرضنا أن مثل هذا التوقع ممكن بالنسبة الى أطراف العقد، فانه يكون مستعصيا حينما يتعلق الأمر بتحديد آثار العقد في مواجهة الغير.

و اذن، فان هناك عدة اعتبارات تستوجب ربط العقد الدولي بنظام قانوني معين. و تطبيقا لذلك، فانه اذا عرض نزاع متعلق بعقد دولي على القاضي الجزائري، فانه سيقوم بداءة بتكييف النزاع و هو ما سيسمح له باضفاء وصف "العقد" على الاتفاق المتنازع بشأنه، و هو اذ يقوم بذلك انما يستند الى أحكام القانون الجزائري اعمالا للمبدأ المعتمد بهذا الصدد و الذي يقضي باخضاع التكييف لقانون القاضي (1).

و اذا كان المنطق القانوني يقتضي اخضاع العقد الدولي لنظام قانوني معين، وكان هذا المبدأ قد استقر لدى الفقه، فانه قد وجد صدى له لدى مختلف الأنظمة، كما أخذ به في اطار التطبيق الدولي و الاتفاقيات الدولية، وهو ما سيتضح لنا في **الفصل التالي**.

---

(1) و هو ما نصت عليه المادة 9 من القانون المدني الجزائري. فقد ورد بها على أن " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه ".

# الفصل الثاني

## اعتماد المبدأ الذي يقرر "ضرورة اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما"

اذا كانت النظرية القائلة بعدم خضوع العقد الدولي لأى قانون قد هجرت الآن ، فانها قد عوضت بنظرية أخرى قائمة على أساس مبدإ وجوب خضوع كل عقد دولي لقانون دولة ما . وقد تأكدت هذه النظرية الجديدة في الكثير من التشريعات واعتمدت من طرف قضاء الكثير من الدول ومن قبل الفقه .

ونظرا لأهمية هذا المبدإ ، فاننا سنتعرض له تفصيلا ، فنبدأ بتأكيد المبدأ على مستوى مختلف الأنظمة القانونية ، ثم نتعرض بعد ذلك لكيفية تحديد القانون الذى يحكم العقد الدولي على ضوء الحلول المعتمدة في الفقه والقضاء والتشريع المقارن ، لنبين بعد ذلك موقف المشرع الجزائرى من ذلك .

## المبحث الأول

### تأكيد مبدأ "ضرورة خضوع العقد الدولي لقانون دولة ما"

ان المبدأ القاضي بضرورة اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما قد استقر لدى الكثير من الأنظمة القانونية ، كما أنه اعتمد من طرف القضاء وهيئات التحكيم الدوليين .

## المطلب الأول

### تأكيد المبدإ في مجال الأنظمة القانونية الوطنية المختلفة

يكشف تحليل الأحكام الواردة بمختلف الأنظمة القانونية عن أن مبدأ وجوب

اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما قد استقر لدى هذه الأنظمة المختلفة.
ولتأكيد هذه الحقيقة، فاننا سنحاول ابرازها بالتعرض لمختلف المجموعات القانونية.

## الفرع الأول

## تأكيد المبدأ في دول أوروبا الغربية

لقد تأكد مبدأ اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما في الكثير من الأنظمة القانونية الغربية. وللتدليل على ذلك نشير الى ما استقر عليه الوضع في بعض الدول في القارتين: الأوروبية والأمريكية.

1) ففي فرنسا: اعتمد مبدأ اخضاع العقد لقانون دولة ما بصفة صريحة (1) وخالية من كل لبس في سنة 1950 بمقتضى الحكم الشهير المعروف باسم "حكم الارساليات البحرية (Arrêt des messageries maritimes) الصادر بتاريخ: 21/06/1950 (2)، اذ قررت محكمة النقض الفرنسية صراحة المبدأ التالي: "ان كل عقد دولي يخضع حتما لقانون دولة معينة Tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat." ، وهو مبدأ أيدته غالبية الفقه الفرنسي، ومن قبيل ذلك ما يقرره الفقيه لوروبور-بيجونيير،

---

(1) وقد استعملنا العبارة "بصفة صريحة" بالمتن للاشارة الى أن هناك أحكاما صادرة عن القضاء الفرنسي اعتمدت سابقا هذا المبدأ غير أنها لم تشر اليه بصفة واضحة كما هو الأمر بالنسبة الى حكم الارساليات البحرية.

Cass. civ. 1ère, 5 Déc. 1910, American trading Company, R.1911.395, Clunet 1912.1156, obs. H.Galibourg; S.1911.1.29, note Lyon-Caën; 15 Mai 1935, R.1936.463, note Niboyet, et 19 Octobre 1938, GP 1938.2.886.

يراجع بشأن هذه الأحكام: رسالة الأستاذ: ج.م.جاكي المرجع السابق، البنود 26 الى 3 - ص 24 - 32

(2) Cass. civ. 21 Juin 1950, R. 1950. 609, note H. Batiffol.

من أن العقد الدولي ، شأنه في ذلك شأن العقد الداخلي ، يجب أن تقرر صحته على ضوء قانون دولة ما ، وتحليل هذا المبدأ يسمح لنا باستخلاص نتيجتين : تتمثل أولاهما في أنه لا وجود لفكرة العقد العائم ( contrat flottant "in vacuo" ) ، مع ما يترتب على ذلك من ضرورة خضوع كل علاقة تعاقدية لقانون دولة ما يحكمها (1) ، وتتجلى ثانيتهما في أن القانون المختار يحكم العقد الدولي بكامله سواء فيما يتعلق بانشائه أو بآثاره أو فيما يخص صحته أو بطلانه ، وبعبارة أخرى فان القانون المختار لحكم العقد يشمل كل المسائل المتعلقة بهذا العقد .

وإذا كان المبدأ المقرر بمقتضى حكم الارساليات البحرية قد تأكد في القضاء الفرنسي اذ أنه لم يصدر حتى الآن حكم يأخذ بخلافه ، وقد لقي تأييد الفقه الفرنسي ، فانه كان أيضا موضوع عناية خاصة عند وضع مشاريع تقنيين القانون الدولي الخاص في فرنسا . ويكفينا لتأكيد ذلك ، أن نشير الى

---

(1) وقد سبق للفقيه لورو بور-بيجو نيير أن أكد ذلك في تعليق له نشر بمجلة سيريه لعام 1949-ج : 2 - ص 29، اذ قرر أن القول بعدم خضوع العقد لقانون أية دولة يعتبر من الأمور غير العادية "واذا ما قررنا أن العقد يكتسب قوته الالزامية من البنود الالزامية الواردة به فان ذلك سيكون مدعاة لخلق جو من الفوضى القانونية" .
كما أن هذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية قد لقي تأييد العميد باتيفول الذي اعتبره من قبيل المبادئ الأساسية بالنسبة الى مسألة تنازع القوانين في اطار الالتزامات التعاقدية ( يراجع تعليقه في المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1950- ص 609).

أن المادة 7 من المشروع التمهيدى الثاني (1) " قد نصت على أن العقود ذات الطابع الدولي ، والالتزامات المتولدة عنها ، تخضع لأحكام القانون الداخلي لدولة ما وهو القانون الذي يختاره أطراف التعاقد صراحة أو ضمنا".(2)

كما أن هذا المبدأ تأكد حين وضع المشروع التمهيدى الثالث من سنة 1965 الى سنة 1967 من قبل كبار فقهاء القانون الدولي الخاص في فرنسا تحت رئاسة الاستاذ جان فوابيه Jean FOYER ، والذي اشتمل على نفس المبدأ . فقد تقرر في هذا المشروع وضع مادة ( تحمل رقم : 2313 ) تضاف الى القانون المدني الفرنسي ويتم تحريرها على الوجه الآتي : " ان العقد ذا الطابع الدولي والالتزامات المتولدة عنه ، تخضع للقانون الذي قرر أطراف العقد الخضوع لأحكامه ، وفي حالة عدم التعبير عن القانون(3) المختار صراحة ، فان العقد يخضع للقانون الذي يرتبط به ارتباطا وثيقا ، وهو قانون يتم تحديده

(1) المحرر من طرف الأساتذة : " آنسل ANCEL " و " باتيفول BATIFFOL " و " هولو HOLLEAUX " سنة 1959 ، والذي اقترح لتتم اضافته ضمن العنوان الثالث من القانون المدني الفرنسي تحت عبارة فصل تمهيدى " livre préliminaire " . وقد تم نشر نصوص هذا المشروع في المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1970 ، ص 833.

(2) " Les contrats présentant un caractère international et les obligations qui en résultent , sont soumis à la loi interne de l'Etat désigné expressément ou implicitement par les parties contractantes."

(3) ويراد بعبارة " قانون " الواردة بالمتن ، القانون الصادر عن دولة ما ( loi étatique ).

بمراعاة المصالح الاقتصادية التي ينظمها هذا العقد ، وخاصة بمراعاة قانون المحل الرئيسي للتنفيذ " (1).

نعم ، ان الحكمين الصادرين عن محكمة النقض الفرنسية والمعروفين باسم حكم جوسي GOSSET الصادر في : 7 ماي 1963 (2) ، وجالاكيس GALAKIS الصادر بتاريخ 2 ماى 1966 (3) قد قيل أنهما قد اعتمدا النظرية المهجورة والمعروفة تحت اصطلاح " نظرية العقد المتجرد من كل قانون " .

على أنه كما لاحظ ذلك بعض الفقه بحق ، لا يجب التسرع في النظر الى هذين الحكمين اذ أن محكمة النقض الفرنسية حاولت من خلالهما وضع بعض القواعد المادية الخاصة بالعلاقات التجارية الدولية ، فقررت بمقتضى الحكم الأول مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الدولي الذى قد يرد فيه هذا الشرط ، وأوضحت بمقتضى الحكم الثاني أن شرط المنع من التحكيم لا يسرى بصدد العقود المبرمة لغايات التجارة الدولية . كما أن كلا الحكمين لم يمانع في اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما . فمحكمة النقض الفرنسية بتأكيدها

---

(1) " Le contrat de caractère international et les obligations qui en résultent, sont soumis à la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer. A défaut de volonté manifestée, le contrat est régi par la loi avec laquelle il présente par son économie, et notamment par le lieu principal de son exécution, le lien le plus étroit."

وفي تحليل هذا الحكم ، تراجع : المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1970 ص 845 ، و Clunet لسنة 1971 ص 31 مع تعليق الاستاذ : جاك فوايي Jacques FOYER .

(2) Cass. civ., 7 Mai 196 3, D. 1963.545, note J. Robert; R. 1963. 6 15, note Motulsky; JCP 1963.II.13405, note B. Goldman.

(3) Cass. civ. ,2 Mai 1966, D. 1966. 575, note J. Robert; JCP 1966. II. 14798, note Ligneau; R. 1967.553, note B. Goldman; Clunet 1966. 648, note P. LEVEL.

على مبدإ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد به من حيث الصحة أو البطلان لم تقصد جعل هذا الشرط بمنأى عن كل نظام قانوني ، بل كل ما أرادت محكمة النقض تقريره هو أن شرط التحكيم قد يخضع لقانون يختلف عن القانون الذى يحكم العقد الدولي الذى قد يتضمن هذا الشرط (1). كما أن تأكيد محكمة النقض الفرنسية لمبدإ عدم سريان المنع من التحكيم بالنسبة الى العقود الدولية لا يعني أن العقود المبرمة بين الدولة والخواص تفلت من الخضوع لكل نظام قانوني (2) خاصة اذا ما لوحظ أن القاعدة التي وضعتها محكمة النقض الفرنسية في قضية جالاكيس تبقى قاعدة وطنية. على أننا نعتقد أن هذا التعليل الذى يقدمه رجال الفقه الفرنسي لا يخلو من نقد . ذلك أنه وان كانت القاعدة المادية التي وضعتها محكمة النقض الفرنسية في قضية جالاكيس قاعدة وطنية ، فان هذا لا يمنع من أنها استبعدت كلية منهج التنازع. فلو كانت محكمة النقض الفرنسية قد أرادت أن تستبع منهج التنازع لكانت قد اعتمدت نفس الحل الذى تبنته في قضية سان كارلو ( SAN CARLO ) بمقتضى

---

(1) B. Goldman, observations au Repertoire droit international, V° arbitrage, N. 59, et note au JCP 1963.II.13405.

(2 ) وقد أكد الفقه أن المبدأ المعتمد في ظل حكم جالاكيس ليس من شأنه أن يمس المبدأ المقرر سنة 1950 في قضية الارساليات البحرية. في هذا المعنى : لوسوارن وبرود ان - قانون التجارة الدولية ، سيريه باريس 1969 ، بند 521 - ص 603 هامش (4) ، وتعليق الاستاذ : P. Level بمجلة Clunet لسنة 1966 ، ص 652-653 . كما أن العميد باتيفول يقرر بهذا الصدد أنه لا يمكن أن نستخلص من حكم جالاكيس أنه بالامكان أن يفلت العقد الدولي من فكرة الخضوع للقانون الوطني ، بل غاية ما هناك أن محكمة النقض الفرنسية قد حاولت أن تضع قاعدة مادية فرنسية خاصة بالعقود الدولية (المطول ، ج 2 ، المرجع السابق ، الهامش 6 الملحق بالبند 578 ص 289 ، ومقاله في : Rep. dr. int. - د اللوز - الصفحات المخصصة للعقود والاتفاقات بند 25 وما بعده).

حكمها الصادر بتاريخ 14 أبريل 1964 [1] اذ قررت أن " مدى قدرة الدولة ( أو موءسساتها ) على اللجوء الى التحكيم لا يعتبر من قبيل المسائل المتعلقة بالأهلية ، و من ثم فان الأمر يتوجب استبعاد القانون الشخصي لكل من الأطراف المتعاقدة و احلال قانون العقد محله متى تعلق الأمر بعقد دولي " .

كما أن محكمة النقض الفرنسية قد استبعدت منهج التنازع أيضا في قضية زاناريلي ( ZANARELLI ) [2] التي تتلخص وقائعها في أن ممثلا تجاريا ايطاليا يدعى زاناريلي ، كان يقيم و يمارس نشاطه بايطاليا ، أبرم عقدا مع الشركة الفرنسية B.S.N ليمثل مصالح هذه الشركة التجارية في ايطاليا . ونص في العقد المبرم بين الطرفين على أن زاناريلي يتنازل عن كل تعويض عن حق الزبناء ( indemnité de clientèle ) ، وأن كل نزاع قد يحدث بين الطرفين يخضع لاختصاص المحكمة العمالية الكائنة بليون ، وكلاهما يعتبر شرطا باطلا طبقا للقانون الفرنسي . وبعد أن فسخت الشركة الفرنسية العقد ، تقدم زاناريلي بدعوى أمام القضاء الفرنسي مطالبا بتعويضه عن حق الزبناء المنصوص عليه في القانون الفرنسي [3] المتعلق بالمسافرين ( voyageurs ) وبالممثلين ( représentants ) والوسطاء ( placiers ) التجاريين .

---

(1) و المنشور بـ : Clunet 1965.646, note B. Goldman; R. 1966.68, note H. Batiffol; RTD Civ. 1965. 711, obs. hebraud.

(2) Cass, ch. soc. , 5/3/1969; R. 1969. 279, note H. Batiffol; JCP 1970. II. 16491, note P.L.; Clunet 1969. 57 0, obs. Ribettes.

(3) و المعروف تحت اصطلاح ( statut français des V.R.P ) ، و هو قانون استمد من قانون سبق أن صدر في فرنسا بتاريخ 18 جويلية 1937 و تم تعديله بقانون 7 مارس 1957 ليتم ادراجه ضمن الكتاب الأول من قانون العمل الفرنسي بالمواد 29/ك و ما بعدها .

فلما عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية ، قررت أن ارادة الطرفين لم تنصرف الى تطبيق النظام القانوني الفرنسي الخاص بالممثلين التجاريين بقولها أن "محكمة الاستئناف قد لاحظت أن زاناريلي من جنسية ايطالية وأنه يقيم ويعمل بايطاليا . . . وأن القانون الفرنسي لا يمكن أن يطبق الا اذا ثبت أن ارادة الطرفين قد اتجهت الى اعتماده" ، ثم تساءلت محكمة النقض الفرنسية عما اذا كان الطرفان قد اعتمدا القانون الفرنسي ، فأجابت على ذلك جوابا سلبيا مشيرة الى أن العقد المتنازع عليه يتضمن بندين باطلين طبقا للقانون الفرنسي وأنهما سيحكم ببطلانهما لو اعتمدا هذا القانون، "وأن محكمة الاستئناف حينما تولت البحث عن ارادة الطرفين وقت ابرام عقد العمل ،الذي يتم تنفيذه خارج فرنسا ، لاحظت أن ارادتهما قد اتجهت الى استبعاد أحكام القانون الفرنسي ، وبناء على ذلك فانه يتعين تطبيق العقد كما تم تحريره ، وهو أمر يتعارض مع منح زاناريلي الحق في الحصول على عمولة الزبناء" .

ان تحليل هذا الحكم يكشف عن أن محكمة النقض الفرنسية قد استبعدت تطبيق قانون بلد التنفيذ ، واكتفت بتطبيق "الاتفاق الحاصل بين الطرفين" ، والواقع هو أن مثل هذا الحل مؤسف جدا اذ أنه بتأكيده أن "الاتفاق ملزم في حد ذاته" بمقتضى البنود الواردة به يكون قد اقترب من النظرية التي كانت تقرر أنه لا يشترط في العقد أن يكون مرتبطا بقانون دولة ما" (1)،

---

(1) يراجع في ذلك : العميد باتيفول في تعليقه بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1970،ص 286.

خاصة اذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن هذا الحكم قد صدر بصدد مسألة جرت تشريعات الدول المختلفة على اخضاعها لقواعد آمرة من شأنها التضييق من حرية الأطراف المتعاقدة.

غير أنه أيا كانت الانتقادات الموجهة الى هذا الحكم، فانه يمكن القول بأن عدم لجوء محكمة النقض الفرنسية الى تحديد القانون الواجب التطبيق راجع أساسا الى المبادئ المعتمدة لديها بصدد تطبيق قواعد الاسناد الفرنسية. فالمقرر لدى القضاء الفرنسي هو أن قواعد الاسناد الفرنسية تعتبر من النظام العام فقط اذا كان من شأنها أن تشير الى تطبيق القانون الفرنسي [1]. وبما أنه كان يتعين اخضاع العقد للقانون الايطالي - لو اعتمدنا نظرية تركيز العقد - وأن أطراف العقد قد سكتوا عن اثارة القانون الواجب التطبيق، فانه يمكن أن يستفاد من ذلك أن محكمة النقض لم تلجأ الى اثارة هذا القانون من تلقاء نفسها ازاء سكوت أطراف العلاقة عن ذلك، على أساس أن الأمر لا يتعلق بالنظام العام لأنه كان سيترتب على تطبيق قاعدة الاسناد الفرنسية اخضاع النزاع القائم بين الطرفين للقانون الايطالي.

على أنه اذا ما تركنا جانبا هذا الحكم الشائك، وحكم جلاكيس الذي وضع قاعدة مادية داخلية خاصة بالعقود التجارية الدولية، فان المبدأ العام يبقى في ظل القانون الفرنسي هو ضرورة اخضاع العقد الدولي لقانون دولة معينة.

---

(1) وقد تقرر هذا المبدأ بمقتضى حكم بيسبال BISBAL الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12/05/1959 (والذي تم نشره بـ: D. 1960. 6 10, note Malaurie; JCP 1960.II. 11733, note Motulsky; Clunet 1960. 810, note Sialelli; R. 1960. 62, note H. Batiffol.

2 ) الوضع في مجموعة البنيـليكس : ( Bénelux )

و اذا كان المبدأ المقرر في فرنسا هو أنه لابد من اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما ، فان هذا المبدأ قد تقرر أيضا في ظل مشروع " البنيـليكس " المتعلق بوضع قانون موحد لمسائل القانون الدولي الخاص. فقد نصت المادة 13/1 من هذا المشروع، الذى تم وضعه سنة 1969، على أن "العقود تخضع للقانون الذى تختاره الأطراف سواء فيما يتعلق بالأحكام الآمرة أو الأحكام المكملة "(1)

3 ) وفي بلجيكا: استقر الفقه على اعتماد المبدإ الذى يقرر ضرورة خضوع العقد الدولي لقانون دولة ما. فالأستاذ : F. Rigaux يؤكد أنه "ليس بالامكان اعتماد فكرة عدم خضوع العقد لأى قانون، اذ أنه يستحيل تقبل قدرة العقد الدولي على الافلات من الخضوع لكل نظام قانوني وطني ... " (2)

4 ) وفي ايطاليا: لا يختلف الوضع عما سبق ذكره. ذلك أن المادة 25 الواردة بالأحكام الأولية ( dispositions préliminaires) للقانون المدني الايطالي تولت تحديد القانون الذى يحكم العقد الدولي و أوضحت أن هذا

---

(1) " Les contrats sont régis par la loi choisie par les parties, tant en ce qui concerne les dispositions impératives que les dispositions supplétives."

يراجع النص في المجلة النقدية لسنة 1969 ص 358 وتعليق الأستاذ : F. Rigaux عليه، المنشور في المجلة النقدية لسنة 1969 ص 334 وخاصة ص 347. هذا والجدير بالملاحظة أن النص المعتمد في المتن قد تم اعتماده في مرحلة ثالثة. ذلك أن النص الأصلي قد وضع في 11 ماى 1951 (R. 1951.710 et R. 1952. 165 et 377) ثم تمت صياغته مرة ثانية في : 03/11/1966 ( R.1968. P. 812 ). وللمزيد من التفاصيل فيما يتعلق بتحليل هذه الصياغة الثانية يراجع : DE WINTER, la no-uvelle version du projet Bénélux de la loi uniforme de droit international privé ( R. 1968. 577 )

قبل أن تعاد صياغته للمرة الثالثة سنة 1969 في النص المذكور بالمتن.

(2) F. Rigaux, précis de droit international privé, Bruxelles 1968 N. 87, P. 125.

القانون يتم تعيينه بقرائن تقوم على جنسية الأطراف أو مكان ابرام العقد ، وأنه لا يمكن العدول عن هذه القرائن الا اذا كان الأطراف قد عينوا صراحة قانونا آخر لحكم العقد المبرم .

## الفرع الثاني

## اعتماد مبدأ اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما في النظم الانجلوسكسونية

لو رجعنا الى ما استقر عليه القضاء سواء في امريكا أو في بريطانيا ، فاننا نجد أن المستقر عليه أن العقد يخضع لنظرية "القانون الخاص بالعقد" ( the proper law of the contract ) وهي نظرية تفيد خضوع العقد وجوبا لقانون دولة ما (1).

هذا ، والجدير بالملاحظة هو أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في امريكا لم تقتصر أهميتها على المجال الدولي ، بل انها ظهرت أيضا حتى في اطار العلاقات الداخلية القائمة بين أشخاص متوطنين بالولايات الأمريكية نفسها . ومن قبيل ذلك ما اعتمدته محكمة الاستئناف لولاية نيو يورك بتاريخ : 1969/04/10 في القضية القائمة بين Daystrim Incorporated و Intercontinental Palnning بصدد تساؤل أثير أمام هذه المحكمة ، كان يتعلق بتحديد ما اذا كان القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة ( contrat de courtage ) المبرم بين الطرفين هو قانون نيو يورك أو قانون نيو جيرزي ، فقررت

---

(1) يراجع في كيفية اجراء تحديد هذا القانون ، ما سيأتي تحليله بصفحة 154 وما يليها من هذه الرسالة .

تطبيق قانون الولاية التي لها المصلحة القصوى في حكم النزاع ( la loi de l'Etat le plus intéressé à l'affaire ) مستخدمة في ذلك نفس المنهج الذى تتبعه لحل التنازع التشريعي الذى قد ينشأ بين القانون الأمريكي وقوانين الدول الأخرى. وبناء على ذلك، فان المحكمة طبقت قانون ولاية نيويورك على أساس أنها الولاية التي تتوافر فيها هذه المصلحة. وقد استندت محكمة استئناف نيويورك في تعليلها الى أنه " من بين القوانين المرتبطة بالعلاقة يلاحظ أن قانون نيويورك هو الذى يمنح البائعين أقصى درجة من الحماية، بحمايتهم من المطالبات غير المشروعة التي قد يتمسك بها الوسطاء ( courtiers ) في مواجهتهم. كما أن هذا الحل من شأنه أن يشجع تجار العالم بكامله على اللجوء الى الاستفادة من خدمات الوسطاء العاملين بنيويورك، وبالتالي يساهم في التطور الاقتصادى لهذه الولاية... " (1)

والواقع هو أن هذا الحكم، وان كان قد طبق المبدأ الذى يقضي بخضوع العقد لقانون دولة ما، يعتبر تطبيقا لنظرية المصالح الحكومية التي تزعمها الفقيه كيورى (2).

---

(1) وقد وردت الاشارة الى هذا الحكم الصادر عن محكمة استئناف نيويورك في مقال الأستاذين : L. Le Lievre و D.J. Fred المنشور ب Clunet لسنة 1970، ص 733.

(2) وللاطلاع على هذه النظرية، يراجع : B. Currie, selected essays on the conflict of laws, Durham, North Carolina, 1963.

كما أن تحليل هذه النظرية ورد في المحاضرات التي ألقاها الأستاذ : G. Kiegel بأكاديمية لاهاى تحت عنوان " أزمة تنازع القوانين " the crisis of the conflict of laws المنشور بمجموعة محاضرات لاهاي، لسنة 1964 المجلد الثاني رقم: 112، ص 97 وما بعدها.

## الفرع الثالث

## تطبيق مبدأ خضوع العقد لقانون دولة ما في دول أوروبا الشرقية

واذا كانت الدول الأوروبية الغربية والدول الانجلوسكسونية قد اعتمدت مبدأ اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما ، فان هذا المبدأ قد تأكد أيضا في ظل الأنظمة القانونية المطبقة بأوروبا الشرقية . نعم ان دول أوروبا الشرقية تخضع في العلاقات الاقتصادية القائمة فيما بينها لما يعرف اصطلاحا بالشروط العامة للتسليم ( conditions générales de livraison ) ، غير أنه بالنسبة الى العلاقات الاقتصادية القائمة بينها وبين الدول التي ليست أعضاء في الكوميكون ، تخضع للقانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد الاسناد المختلفة التي تم النص عليها في الأنظمة التشريعية لهذه الدول (أي دول أوروبا الشرقية ) .

وللتدليل على ذلك ، فان المادة 125 من "المبادىء العامة للقانون المدني السوفياتي"(1) ، والمادتين 9 و 10 من الفصل المتعلق "بالقانون الدولي الخاص والاجراءات الواردة بالقانون التجاري التشيكسلوفاكي" الصادر بتاريخ : 1963/12/04 والساري ابتداء من 1964/04/01 (2) والمواد من 25 الى 29 الواردة بالفصل التاسع من القانون البولوني المؤرخ بـ 65/12/12 (3)

---

(1) LUNZ , les règles de conflit dans les principes de droit civil de l'Union Soviétique et les républiques fédérées, R. 1964, P. 629 et spéc. P. 636; BOUGOUSLAVSKI, chronique de la jurisprudence soviétique, Clunet 1967 , P. 706 et Clunet 1971, P. 374.

(2) R. BYSTRICKY , bulletin de droit tchéchoslovaque, 1963, N° 4, P. 229 et spéc. P. 239.

(3) وقد تم نشر القانون البولوني بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1966 ، ص 325 . وقد علق الاستاذ : S. Szer على هذا القانون في الـ Clunet لعام 1966 ص 846 .

قد تولت كلها وضع قواعد اسناد لحكم العقود المبرمة فيما بين هذه الدول ودول لا تعتبر عضوا في مجموعة الكوميكون .

## الفرع الرابع

## مدى اعتماد المبدأ في ظل بعض قوانين الدول العربية

لو رجعنا الى قوانين الدول العربية ، فاننا نجد أن قوانين هذه الدول تتضمن في غالبيتها أحكاما خاصة بتنازع القوانين المتعلقة بالعقود الدولية ، وهي أحكام تفيد ضرورة اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما .
ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادة 19 من القانون المدني المصرى من أنه " يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه"(1) . وهو نفس الحكم المعتمد في الكثير من قوانين الدول العربية الأخرى كالقانون المدني الليبي (2) .

كما أن القانون المدني الجزائرى قد اعتمد صراحة مبدأ اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما - وان كان قد اعتمد حكما يختلف من حيث صياغته

---

(1) في تحليل أحكام هذه المادة يراجع : د /عزالدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج : 2 ، المرجع السابق ، بند 133 ص 420 وما بعدها ، الدكتور/هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ط 3 ، القاهرة 1974م ، بند 184 ، ص 654 .

(2) في تحليل أحكام القانون المدني الليبي يراجع : أستاذنا الدكتور علي علي سليمان ، شرح القانون الدولي الخاص الليبي (تنازع القوانين من حيث المكان طبقا لأحكام القانون المدني الليبي) ، منشورات الجامعة الليبية ، بيروت 1969 ، بند 50 ، ص 149 وما بعدها .

و الآثار التي تترتب عليه عن الحكم الوارد بقوانين الكثير من الدول العربية .
و قد ورد النص على المبدأ العام - موضوع تحليلنا - في المادة 18/1 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه " يسرى على الالتزامات التعاقدية ( من حيث الموضوع ) قانون المكان الذى يبرم فيه العقد ، ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر " (1) .

ما يمكن استخلاصه من التعرض للاتجاهات المختلفة السابقة :

ان تحليل الاتجاهات السابقة يكشف لنا عن أن الأنظمة القانونية المختلفة مستقرة على أنه لا وجود لفكرة العقد العائم ، أى العقد المتجرد من كل قانون ، بل إنه لابد لكل عقد من قانون يحكمه ، و هو قانون يجد مصدره في قانون دولة ما ، أى في قانون وطني ، و مثل هذا الحل يعتبر منطقيا ، اذ أن الوقوف عند نظرية " العقد المتجرد من كل قانون " أمر غير معقول لأنه ليس من الممكن تصور عقد " يكفي نفسه بنفسه " كما يقول الأستاذ : P. LEVEL (2)

و اذا كان هذا هو واقع الأنظمة القانونية الداخلية بشأن المبدأ القاضي بضرورة اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما ، فما هو الوضع في اطار الهيئات و المنظمات الدولية التي تهتم بمسائل تنازع القوانين .

---

(1) في تحليل كيفية تطبيق الحكم الوارد بهذه المادة ، يراجع ما سيأتي في ص 173 و ما يليها من هذه الرسالة .

(2) في الملاحظات التي أبداها أمام اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص عام 1967 ( ص 203 من هذه الملاحظات ) .

## المطلب الثاني

## مدى اعتماد المبدأ على المستوى الدولي :

لقد تبين لنا من خلال التحليلات السابقة أن مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون داخلي (وطني) قد أصبح مبدأ معتمدا في مختلف الأنظمة القانونية .

كما أن هذا المبدأ قد اعتمد أيضا في المجال الدولي. فقد تأكد هذا المبدأ في ظل محكمة العدل الدولية الدائمة، ولدى الكثير من الهيئات الخاصة الدولية، والمتخصصة في مجال العقود الدولية.

### الفرع الأول

### تقرير المبدأ في ظل محكمة العدل الدولية الدائمة

لقد كانت محكمة العدل الدولية الدائمة سباقة الى تقرير هذا المبدأ بمقتضى الحكم الصادر عنها بتاريخ 12 جويلية 1929 في قضيتي القروض الصربية (التي أثيرت بمناسبة النزاع القائم بين حكومة الجمهورية الفرنسية وحكومة مملكة الصرب والكروات والسلاف)، والقروض البرازيلية (التي تمثل طرفاها في حكومة الجمهورية الفرنسية والحكومة الفيدرالية البرازيلية) (1)، وقد استبعدت بمقتضاه صراحة النظرية التي كان يقال بها (أي نظرية العقد المتجرد من كل قانون) واضعة بذلك مبدأ عاما مؤداه " ان كل عقد ليس مبرما بين الدول بصفتها أشخاصا للقانون الدولي العام، يجد مصدره في قانون وطني (أي قانون

---

(1) وقد تم نشر الحكم الصادر في هذين القضيتين في : D.P. 1930/2/25 note Docensière - Ferandière; Clunet 1929. 977, note André- Prudhomme; R. 1929. 427 , note Niboyet.

دولة معينة )، وتحديد القانون الذى يحكم هذا العقد يدخل في اطار ما اصطلح على تسميته بالقانون الدولي الخاص أوبنظرية تنازع القوانين "(1).

## الفرع الثاني

## اعتماد المبدأ في اطار التطبيق الدولي والاتفاقيات الدولية

لقد اعتمد المبدأ القاضي بخضوع العقد الدولي حتما لقانون دولة ما في مجال التطبيق الدولي وفي الكثير من الاتفاقيات الدولية. وكدليل على ذلك نشير الى المبدأ الذى وضعته هيآت التحكيم في قرار التحكيم الصادر عنها في القضية الشهيرة المعروفة باسم "قضية أرامكو ARAMCO" اذ ورد النص صراحة على أنه "من المؤكد أن كل عقد لا يمكن أن يكون عائما، ولكنه يجب أن يرتكز الى قانون دولة ما. (فالعقد) لا يمكن أن يبقى عملية متروكة لارادة الأطراف المطلقة، بل يجب أن يرتكز على قانون وضعي يتولى تحديد الآثار القانونية التي تترتب على توافق ارادتي الطرفين المتعاقدين وتطابقهما. كما أنه لا يمكن أن نتصور وجود الاتفاق نفسه، اذا لم يكن هناك قانون

---

(1) " Tout contrat qui n'est pas un contrat entre les Etats, en tant que sujets de droit international, <u>a son fondement dans une loi</u> nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie de droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé <u>ou</u> de théorie de conflit de lois."

هذا ويلاحظ أن محكمة العدل الدولية الدائمة قد استعملت عبارة " أو " بين عبارتي : "القانون الدولي الخاص" و "تنازع القوانين" . وسبب ذلك هو أن النظرية التي كانت سائدة آنذاك في تحديد موضوع القانون الدولي الخاص كانت تحصر هذا القانون في نظرية تنازع القوانين وحدها .

سابق يصاحب نشوء .. فالارادة لا يمكنها أن تدخل في علاقات تعاقدية الا اذا كان القانون الذى يحكم هذه الارادة يعطيها مثل هذه السلطة" (1).

كما أن "الشروط العامة المتعلقة بتوريد وسائل التجهيز موضوع الاستيراد أو التوريد وبتركيبها" الواردة بالنموذجين 188 (2) و 574 (3) المؤرخين في مارس 1957 اللذين قامت بوضعهما اللجنة الاقتصادية الأوربية التابعة للأمم المتحدة، قد أشارت في المادة 28/2 الواردة بهما الى أنه "يتعين اخضاع العقد لقانون الصانع ( constructeur ) اذا لم يكن قانون محل التنفيذ يمانع في ذلك ما لم يتفق طرفا العقد على خلاف ذلك" (4).

---

(1) " Il est certain qu'un contrat quelconque ne peut exister in vacuo, mais doit reposer sur un droit; ce n'est pas une opération pleinement abandonnée à la volonté des parties; elle est nécessairement fondée sur un droit positif donnant des effets juridiques aux manifestations réciproques et concordantes de la volonté des contractants.

Sans un droit qui préside à la création, la convention n'est même pas concevable. La volonté ne peut engendrer des rapports conventionnels que si le droit dont elle relève lui en donne le pouvoir."

يراجع في ذلك : R. 1963, P. 312

(2) وقد ورد تحليل هذا النموذج في رسالة الأستاذ :كاهن Kahn تحت عنوان البيع التجارى الدولي السابق الاشارة اليها . كما جاءت الاشارة اليه في مؤلف الأستاذين :لوسوارن وبرودوان ، قانون التجارة الدولي ، المرجع السابق، الملحق 15 - ص 944.

(3) يراجع نص هذا النموذج في مؤلف الأستاذين لوسوارن وبرودوان - المرجع السابق ، الملحق رقم 15 - ص 959 .

(4) "Art. 28-2: Sauf convention contraire, le contrat est régi par la loi du constructeur dans la mesure où le permet la loi du pays où l'ouvrage est exécuté."

ومثل هذا الحكم قد اعتمد أيضا في اطار دول الكوميكون طبقا للشروط المعتمدة عام 1968 [1]، اذ تولت الدول الاعضاء في هذه المنظمة، وضع أحكام مادية تسري بصدد عقود البيع المبرمة بينهما، وأوضحت أنه اذا ظهرت علاقة لم تنظمها هذه الشروط بصورة قطعية، أو قامت بتنظيمها بشكل غير كاف، فانه يتعين اخضاعها لقانون دولة البائع ( المادة 10 1/1 من هذه الشروط ).

كما أن اتفاقية لاهاى المؤرخة في 15 جوان 1955 [2] والمتعلقة بالبيوع الدولية التي يتمثل موضوعها في أشياء مادية منقولة قد نصت في مادتها 2 على اخضاع العقد الذى يدخل في نطاق تطبيق هذه الاتفاقية "لقانون الدولة الداخلي الذى اختاره الطرفان المتعاقدان يستوى في ذلك أن يكون هذا الاختيار صريحا أو يمكن استخلاصه من بنود التعاقد".

واذن، فان التطبيق الدولي والاتفاقيات الدولية لا تمانع هي بدورها أيضا في اخضاع العقد الدولي لقانون دولة معينة، وان كانت قد حاولت أحيانا التضييق من نطاق تطبيق هذا المبدأ مراعاة منها للمعطيات الخاصة بالتجارة الدولية، وهي المعطيات التي سنتعرض لها في حينها.

---

(1) فقد تم تنظيم شروط التعامل بين دول الكوميكون خلال سنة 1958، ثم أعيد النظر في النص خلال سنة 1968 حيث وضع نص جديد أصبح سارى المفعول ابتداء من 1969. في تفاصيل ذلك يراجع ما سيأتي ص 167 من هذه الرسالة.

(2) في الدراسات التي أجريت حول هذه الاتفاقية، يراجع : Yves LOUSSOUARN, la convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels" ; Etudes juridiques offertes à M. Julliot de la Morandière, P. 320.

## المبحث الثاني

### كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

اذا كان مبدأ اخضاع العقد الدولي لقانون دولة ما مستقرا عليه ، فان هناك تساؤلا يثار بهذا الصدد ويتعلق بالبحث عن كيفية تحديد هذا القانون، وهو تساؤل نتولى التعرض له في فقرتين ، نتناول في أولاهما بيان المنهج المعتمد لاجراء هذا التحديد في مجال الفقه المقارن ، ونتعرض في ثانيتهما لمدى تأثر الانظمة القانونية المختلفة بالاتجاهات الفقهية مع التركيز على موقف المشرع الجزائري بهذا الصدد .

## المطلب الأول

### الجدل الفقهي حول كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

يكشف تحليل الاتجاهات التي ظهرت بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من حيث الموضوع، عن أن هناك نزعتين أساسيتين ظهرتا في البداية بهذا الصدد ، تتمثل أولاهما في النزعة الذاتية ( أو الشخصية ( tendance subjective ) ، وتتجلى ثانيتهما في النزعة الموضوعية ( tendance objective ) ، وهما نزعتان ترتب على عملية التقريب بينهما ظهور نزعة ثالثة تعرف اصطلاحا باسم النزعة الذاتية المعتدلة ( subjectivisme modéré) . ونظرا لأهمية هذا الجدل الفقهي ، فاننا نتعرض له بتحليل معطيات كل من النزعات الثلاث التي ظهرت في ظله .

## الفرع الأول

## النزعة الذاتية المطلقة

أولا : معطياتها : تنطلق النزعة الذاتية في اطار تنازع القوانين ، بصدد العقد الدولي ، من فكرة مؤداها أنه اذا ما استلزم الأمر تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد فانه يتعين البحث عن النية الحقيقية للأطراف المتعاقدة ( la volonté concrète des parties ).

ولا كتشاف هذه النية ، تكون الحاجة ماسة الى مراعاة كل الظروف و الملابسات الخاصة التي صاحبت عملية ابرام العقد ، مع ما يترتب على ذلك من استبعاد الفكرة القائمة على اعتماد القرائن العامة التي قد تفيد في تحديد القانون الواجب التطبيق .

و الواقع هو أن هذه النزعة - التي تأثرت الى حد بعيد بمبدأ سلطان الارادة الذي وصل الى أوجه في القرن 19 ، اذا كانت تقول بضرورة البحث عن النية الحقيقية لأطراف التعاقد ، فلأن دعاتها كانوا يعتقدون أن ما يهم في نطاق العقد هو الكشف عن نية أطرافه الحقيقية لأنه لا وجود " لقانون سابق" يمكن اخضاع العقد لأحكامه وفقا لما يقرره الفقيه رابل (1) ، يستوى أن تكون هذه الارادة صريحة أو ضمنية ، بل و قد تكون مفترضة .

---

(1) مشار الى ذلك في مقال الأستاذ باتيفول تحت عنوان : subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats...
في المحاضرات المهداة الى جاك مورى - ج 1 ، باريس 1960 ص 41 .

وقد أدى تطبيق المبدأ المعتمد في ظل النزعة الذاتية الى نتيجة هامة،اذ أنه سمح بالابتعاد عن قاعدة الاسناد التقليدية التي كان يلجأ اليها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود من حيث الموضوع و التي كانت تقضي بتطبيق قانون محل الابرام (1)، وخول الأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون الذي يرونه أكثر ملاءمة لحكم العقد المبرم بينهما.

هذا، و الجدير بالملاحظة هو أن مؤيدي هذه النزعة، فضلا عن قولهم بأن نظريتهم هي وحدها التي تسمح بحماية حريات الأفراد، اذ أنها تمنع من تدخل الدولة و القضاء في علاقتهم الخاصة (2)، فانهم يذهبون أيضا الى أن وجهة نظرهم هي التي ستسمح بالتوحيد الدولي لقواعد الاسناد بصدد العقد الدولي وتحول دون تطبيق نظرية الاحالة في مجال العقود (3).

---

(1) و ان كان هذا لا يمنع من القول بأن هذه القاعدة التقليدية كانت تطبق على أساس أن لجوء الطرفين الى ابرام عقدهما بمكان معين يكشف عن أن ارادتيهما قد اتجهتا لتطبيق هذا القانون، أي أن اخضاع العقد من حيث الموضوع لقانون محل ابرامه كان يعتبر تطبيقا لقانون الارادة. يراجع في ذلك: الأستاذ د/علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1984، بند 48، ص 106، كما يراجع في هذا التحليل: H. Batiffol, l'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française, Festchrift H LEWALD, 1953, 219.
و هو مقال تم اعادة طبعه في: مقالات مختارة ( choix d'articles ) ص 265 و ما بعدها.

(2) يراجع في تحليل ذلك: COHN, the objective practice on the proper law of contracts, ICLQ 1957.373 ; H. Batiffol, le rôle de la volonté en droit international privé, archives philosophiques du droit, R. 1957, P. 71.

(3) F.A.Mann, the proper law of a contract, ILQ 1950, P. 60 et P. 597.

ثانيا : الآثـار المترتـبة عليهـا : وانطلاقا من معطيات هذه النزعـة ، فان موءيديها يقررون اعطاء طرفي العقد حرية مطلقة في تحديد القانون الذى يحكم العقد المبرم بينهما ،كما أنهم يجعلون من هذا الاتفاق مجرد بند تعاقدى لا يختلف من حيث قوته الالزامية عن بقـية بنود التعاقد الأخرى .

واذا ما راعينـا هذه الملاحظة ،فانه يمكن أن نستخلص من ذلك أربع نتائج (1):

1 ) ان لطرفي التعاقد الحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التـطبيق، مع ما يوءدى اليه ذلك من اعطائهما حق اختيار قانون قد لا يرتبط اطلاقا بهمـا أو بالعقـد المبـرم بينهمـا .

2 ) ان من حق طرفي التعاقد أيضا أن يطبقا القانون المختار بشروطه كأن يتـفقـا على تطبيق أحكام هذا القانون السارية المفعول وقت ابرام العقد فقط ومن ثم استبعاد التعديلات التي قد تطرأ على هذا القانون مستقبلا (2) .

3 ) ان للمتعاقدين أن يختاروا وقت ابرام العقد بعض أحكام القانون الأجنبي دون أحكامه الأخرى ، حتى لو كانت هذه الأحكام الأخرى من قبيل القواعد القانونية الآمرة . ويقرر P. Kayser تفسيرا لذلك أنه " حينما يعطى للطرفين المتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على التصرف الذى أجرياه ، فانهما لا

---

(1 ) يراجع في هذا الصدد : د /علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائرى، المرجع السابق ، البند 49 ، ص 108 وما بعدها ، باتيفول ولاجارد ، المطول ، ج :2، المرجع السابق، بند 571، ص 262 .

(2 ) وهي النتيجة التي عمدت محكمة النقض الفرنسية الى تطبيقها في قضية الارساليات البحرية السابق الاشارة اليهـا ـ تراجع ص 61 الهامش (2 ) من هذه الرسالـة .

يشيران الى هذا القانون على أساس أنه قانون يتميز بخاصيتي الالزام و العموم، بل انهما يعتمدان أحكامه فقط، أي أن القانون المختار لا يطبق كقانون و بوصفه صادرا عن السلطة العامة، بل انه يعتد بموضوعه فحسب باعتباره هو وحده الذي يعبر عن ارادة الطرفين المتعاقدين" (1). و يترتب على ذلك أنه اذا كان القانون المختار يتضمن أحكاما تبطل العقد المبرم و أحكاما أخرى تصححه، و لم يفصح الأطراف عن الأحكام التي قاموا باختيارها في هذا القانون، فانه يفترض أن ارادتهم قد اتجهت الى استبعاد الأحكام المبطلة للعقد و اعتماد الأحكام الأخرى التي تصححه. و مثل هذا المبدأ قد سبق لسافيني أن اعتمده أيضا، اذ أنه قرر أنه يتعين تجاهل الأحكام الواردة بالقانون الأجنبي التي يؤدي تطبيقها الى بطلان العقد، استجابة لحاجات التجارة الدولية (2).

كما أن اعطاء الطرفين المتعاقدين الحرية المطلقة في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهما، يؤدي الى اعطائهما الحق في تجزئة عقدهما ( dépeçage du contrat ) عن طريق اخضاعه لقوانين مختلفة ( panachage des lois ) مع تطبيق الأحكام الواردة بمختلف القوانين التي يرونها أكثر تحقيقا لمصالحهم (3)

4 ) اذا كان من حق المتعاقدين أن يختارا القانون الذي يحكم عقدهما، فانه يتعين اعطاؤهما أيضا مطلق الحرية في عدم اخضاع عقدهما لأي قانون، و ليس

---

(1) P. Kayser, l'autonomie de la volonté en droit international privé dans la jurisprudence française, Clunet 1931, P. 32 et suiv. et spéc. P. 33.

(2) مشار اليه في مقال العميد باتيفول تحت عنوان "النزعات الذاتية و الموضوعية" - المرجع السابق - ص 46 .

(3) د /علي علي سليمان - مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري - المرجع السابق ، البند 84، ص 110، أ/ ماييير - المرجع السابق - البند 675 ص 545.

من حق القاضي أن يعدل من هذه الارادة لأن دوره يقف عند حد " تسجيل ارادة الأطراف enregistrer la volonté des parties ".

و الواقع هو أن هذه النتيجة الرابعة يمكن أن تستخلص ضمنا من النتائج السابقة وخاصة من النتيجتين الأولى و الثانية. ذلك أن القول بأن العقد يبقى خاضعا للقانون المختار وقت ابرام العقد رغم الغاء هذا القانون، يفيد أن العقد يصبح ابتداء من هذه اللحظة - أي لحظة الغاء القانون المختار - بدون قانون يحكمه.

ثالثا : ما يمكن استخلاصه من هذه النتائج الأربع:

ان تحليل هذه النتائج الأربع يفيد أن النزعة الذاتية تعتمد فكرة ادماج القانون الأجنبي في العقد ( système de l'incorporation de la loi choisie par les parties au contrat ) بحيث أن القانون المختار يفقد صفته القانونية و يتحول الى مجرد بند تعاقدي.

و مثل هذه النتيجة، التي تعتبر منطقية حالة اعتمادنا لمعطيات النزعة الذاتية في معطياتها الأصلية، قد أخذ بها القضاء الفرنسي كما سيتضح لنا في حينه (1). و يكفينا هنا للتدليل على ذلك أن نشير الى الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1935/05/15 الذي رفضت هذه المحكمة بموجبه مراعاة التعديل التشريعي الذي لحق قانون العقد، على أساس

---

(1) يراجع ما سيأتي تحليله بصفحة 125 وما بعدها من هذه الرسالة.

" أن آثـار الاتفاق المبرم بين الطرفين يجب أن تبقى خاضعة للـقـانون الساري المفعول وقـت ... ابرام الاتـفـاق"(1).

كما أن الحكم المستخلص من معطيات النزعـة الذاتية تترتب عليه نتائـج فلسـفية وقانونية . فاعتماد هذه النزعـة يؤدي الى اعطاء الغلبة للعقد على القانون ، أي أنه في منطوق هذه النزعة يـبـقى العقد ملزمـا دون حـاجـة لوجود قانون يضفـي عليه هذه الصفـة الالـزامـية . وان ا تدخل القانون بهذا الصدد ، فانما يكون بهدف السعي الى احترام العقود وليس لبيان شروط صحتها أو لتمكين البنود التعاقدية من ترتيب بعض آثـارها .

ولو بحثنا في أصل هذا الحكم لوجدناه يجد مصدره فيما يقـرره بعـض الفقهاء من أن المجتمع والقانون قد خلقا لحماية الاشخاص ، وأنه ليس هنـاك ما يدعـو للتضحية بالمصالح الخاصة وتسخيرها لخدمة المصالح العامة .

ولكن كيف يمكن تفسير نظرية الادماج خاصة أمام القيود التي لحقت مبدأ سلطان الارادة في المجال الداخـلي ؟

لقد تعرضت النظرية القائمـة على مبدأ سلطان الارادة لانتقادات عديدة . ذلك أن هذه النظرية تقـوم على نزعـة الحرية المتطرفـة ، وهي نزعـة ترتب عليها استغلال القـوى للضعيف استغلالا فادحا . ومراعاة من المشرع

---

(1) S. 1935.I.244 ; R. 1936.463 , note Niboyet.

وقـد جرى منطوقـه على النسق التالي : " ... les effets de la convention envisagée doivent être déterminés par la loi du temps ... où elle avait été souscrite."

لهذه النتيجة و سعيا منه الى حماية الطرف الضعيف، فقد تدخل في الكثير من الدول، و وضع قواعد آمرة خاصة في اطار علاقات العمل . كما أن التطورات الاقتصادية قد أدت بالدول الى التدخل في العلاقات التعاقدية لمنع الكثير من الاتفاقات، التي من شأنها الاضرار بالمصالح الاقتصادية للدولة ، من انتاج أى أثر قانوني ، و هو ما يتحقق خاصة في اطار قواعد الصرف. يضاف الى ذلك أن هناك حقيقة موءكدة لا يمكن تجاهلها، و هي أن الكثير من القواعد الآمرة كالقواعد المتعلقة بحماية العامل قد اعتمدت في كل مراحل التطور البشرى بما في ذلك المرحلة الرأسمالية . و مثل هذه القواعد تدل على أن حرية الأطراف لا يمكن أن يطلق لها العنان ، فاذا كانت هناك مجالات تستطيع هذه الارادة أن تتدخل فيها بصفة مطلقة ، فان هناك مجالات أخرى لا تتمتع فيها ارادة الأطراف بمثل هذه الحرية.(1)

و اذا كان مبدأ سلطان الارادة قد ضاق مجال اعماله في النطاق الداخلي، أفلا يجب التضييق من نطاق تدخله أيضا في اطار العلاقات الدولية الخاصة ؟

يجيب أنصار النزعة الذاتية على ذلك بالنفي . ذلك أن المقرر لديهم ، هو أنه اذا كان هناك ما يمنع من اخضاع عقد أبرم بفرنسا بين طرفين فرنسيين ليتم تنفيذه بفرنسا لغير القواعد الآمرة السارية المفعول بفرنسا ، و أنه اذا كان هناك ما يمنع أيضا من اخضاع عقد داخلي انجليزى

---

(1) وفي هذا التحليل : Jacques MAURY ; R. 1957 . 237

وفي خلاف هذا الرأى : Graveson (R.H) , international contracts, P. 666.

لغير القواعد الآمرة الواردة بالقانون الانجليزي ، فان الأمر يختلف عنه بالنسبة للفرض المتعلق بعقد مبرم بين فرنسي و انجليزي ، ففي هذا الفرض الأخير نكون بصدد عقد دولي يتجاوز حدود اقليم الدولة الواحدة ، و لذلك فلا مانع من اعطاء طرفيه الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنه . و مثل هذا الخيار المقرر لطرفي العقد يعتبر في نظر دعاة النزعة الذاتية ، اعترافا بأنه لا وجود لقانون يتمتع بالقدرة على حكم هذا العقد وغيره من العقود التي تتم في المجال الدولي . فهذه العقود في نظرهم تفلت من الخضوع لحكم أي قانون ، و بذلك فان القانون الذي يتم ادراجه في العقد الدولي يصبح مجرد بند تعاقدي كبقية البنود الأخرى المتفق عليها بين الأطراف (1) .

رابعا : نقد هذه النظرية :

الواقع هو أن النزعة الذاتية تتعرض لعدة انتقادات .

1 ) فهي من الناحية النظرية لا تستند الى أساس فلسفي سليم . فقولها أن العقد يكفي نفسه بنفسه أمر يجب استبعاده ، طبقا للاعتبارات التي سبق لنا ايضاحها (2) ، كما أنه غير معتمد لا في ظل الأنظمة القانونية الوطنية المختلفة ولا في ظل التطبيق الدولي و الاتفاقيات الدولية (3) .

2 ) كما أن اعتماد هذه النظرية لفكرة ادماج القانون المختار في العقد و اعتبارها لهذا القانون مجرد بند تعاقدي أمر غير مقبول البتة ، لأنها

---

(1) مشار اليه في مقال العميد باتيفول المتعلق بدراسته للنزعتين الذاتية و الموضوعية - المشار اليه في الصفحات السابقة - ص 49 .

(2) يراجع ما سبق ص 55 ومابعدها من هذه الرسالة .

(3) يراجع ما سبق ص 60 ومابعدها من هذه الرسالة .

تتجاهل حقيقة مؤكدة تتمثل في كون القانون سابقا للعقد ، و ان هذه الحقيقة هي التي تدعونا الى استبعاد نظرية العقد المجرد من كل قانون كما أسلفنا (1).

3 ) يضاف الى ذلك أن اعطاء أطراف العقد حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لما يقرره دعاة هذه النزعة ، معناه السماح لهذه الأطراف باستبعاد الأحكام الآمرة الواردة بالقانون الذى كان يتعين أن يحكم العقد المبرم أصلا . وليس يخفى أن ذلك يعتبر غشا نحو القانون الواجب التطبيق ، و أنه لا يمكن مراقبته في حالة اقرارنا لمبدأ الاختيار المطلق للأطراف(2).

4 ) والى جانب الانتقادات السابقة ، فانه يجدر التنبيه الى أن هذه النظرية لا تتماشى مع المبادىء القانونية المقررة . فاذا ما سايرنا منطوق هذه النظرية و أعطينا أطراف العقد حق الخيار بين قوانين صادرة عن عدة دول ، فان مثل هذا الخيار - حالة الأخذ به - يجب أن يقتصر على القواعد التفسيرية الواردة بهذه القوانين دون قواعدها الآمرة . وسبب ذلك يمكن في أنه ليس في استطاعة الأفراد الافلات ، بأية حجة كانت ، من هذه القواعد بمحض ارادتهم ، لأن القول بخلاف ذلك يوهم بأن القانون يصبح خاضعا لارادة الأفراد ، وهو أمر يتعارض كلية مع المبدأ المستقر عليه و الذى

---

(1) يراجع ما سبق ص 55 من هذه الرسالة .

(2) يراجع بصدد الغش نحو القانون، الأستاذ : ب. أودي ، الغش نحو القانون ، المرجع السابق ، بند 477 وما بعده ، ص 373 وما بعدها .

يقرر بأن "الأفراد يخضعون للقانون، وليس القانون هو الذى يخضع للأفراد(1)"
" Les individus sont soumis au droit, non le droit aux individus . "

تلكم هي الانتقادات التي وجهت الى النزعة الذاتية في معطياتها الأولية. وهي كما يتضح من فحواها انتقادات جوهرية وبناءة. وقد ترتب عليها ظهور نزعة أخرى استهدفت أساسا المساس بالنزعة الذاتية، وهي النزعة التي تعرف في فقه القانون الدولي الخاص تحت اصطلاح " النزعة الموضوعية "، والتي نتعرض لأحكامها في الفقرة التالية.

## الفرع الثاني

## النزعة الموضوعية

أولا : معطياتها : تقوم النزعة الموضوعية على فكرة مؤداها أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد ( localisation du contrat ) . وانه لتحقيق هذه الفكرة يمكن اعتماد وسائل ثلاث: فاما أن يتم اعتماد ضابط اسناد واحد بالنسبة الى كل العقود الدولية باخضاع كل عقد دولي لقانون محل الابرام، واما أن يعطى القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق معتمدا في ذلك على الظروف والملابسات وعناصر العقد وذلك لربط العقد بنظام قانوني معين، وهو المنهج المعروف لدى الفقهاء الانجلوسكسون تحت عنوان " منهج القانون الخاص بالعقد " (the proper law of the contract)، واما باعتماد منهج وسط يقوم على أساس تطبيق ضابط

---

(1) يراجع في هذا التحليل : أ/مايير، القانون الدولي الخاص، بند 666، والعميد باتيفول، رسالته في العقود الدولية، البند 4 .

اسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود (1).

ولكن هل من شأن النزعة الموضوعية استبعاد ارادة أطراف العقد كلية؟ الواقع هو أنه على عكس ما قد يوحي به وصف هذه النزعة فانها ليس من شأنها استبعاد ارادة أطراف العقد ، يستوى في ذلك أن تكون صريحة أى تم التعبير عنها في العقد بموجب بند صريح ، واما أن يتم استخلاصها من ظروف وملابسات العقد طالما أنها مؤكدة ـ وهو ما يعرف اصطلاحا بالارادة الضمنية.

ومما يؤكد أن النزعة الموضوعية لا تهدر ارادة الأطراف كلية هو أن الرساتمنت الأول الأمريكي لعام 1934 كان يهدر ارادة الأطراف كلية تحت تأثير الفقيه "بيل BEALE" بدعوى ، كما يقرر هذا الفقيه ، أن اعطاء الأطراف حق تحديد القانون الذى يحكم عقدهما يحولهم الى مشرعين (2) (be tatamount to making legislators for them) ، ويسمح لهم بارتكاب غش نحو القانون ، واستنادا الى هذين السببين الجوهريين ، فان الفقيه بيل Beale كان يخضع العقد ، أيا كان نوعه ، من حيث شروط الصحة ، لضابط اسناد واحد هو قانون محل الابرام.

غير أنه سرعان ما اتضح أن هذا المنهج المتبع لحل التنازع التشريعي الذى قد يثار بصدد العقد الدولي ، ينطوى على نوع من التحكم ،

---

(1) في هذه الاتجاهات المختلفة يراجع: أ/مايير ، مؤلفه في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، البند 677 ، ص 546 ـ 547.

(2) Beale , conflict of laws, 1935, PP. 1079- 1080.

ذلك أن اعطاء الاطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق، في نظر الفقه المعارض، لا يعني أنهم سيحلون محل المشرع، بل كل ما في الأمر هو أننا نعطيهم حق اختيار القانون الأكثر ملاءمة بالنسبة الى عقدهما وهو قانون غالبا ما يكونون عالمين بأحكامه، فيستطيعون من ثم أن يتبينوا مسبقا الحقوق المقررة لهم والالتزامات الواقعة على عاتقهم (1). كما أن اللجوء الى التطبيق التلقائي لقانون محل الابرام لا يعتبر وسيلة فعالة لمنع الأطراف من ارتكاب غش نحو القانون الواجب التطبيق، ذلك أنه يكفي الأطراف المتعاقدة تحديد مكان ابرام عقدهم بدولة معينة، سواء أكان ذلك قد حصل فعلا أو تم عن طريق الادعاء فقط، لكي يفلتوا من الأحكام القانونية الآمرة والواجبة التطبيق أصلا (2).

ونظرا لهذه الانتقادات التي وجهت الى نظرية الفقيه بيل، فان واضعي الرساتمنت الثاني عدلوا عن ضابط الاسناد المعتمد في ظل الرساتمنت الأول، وأعطوا لارادة الأطراف دورا في تحديد القانون الواجب التطبيق، وان كانوا قد قيدوا تطبيق هذا القانون بشروط معينة نتعرض لها في حينها (3).

واذن، فان النزعة الموضوعية لا تتجاهل ارادة الأطراف كلية، واعتمادها

---

(1) WILLIS . L. M. REESE , contracts and the restatement of laws , second, ICLQ , Vol. 9, Octuber 1960, P. 534.

ويراجع في شروط تطبيق قانون الارادة في ظل الرستاتمنت الثاني ما سيأتي تحليله في ص. 163 من هذه الرسالة .

(2) أودي (ب)، الغش نحو القانون ، المرجع السابق، بند 484 ص 379.

(3) يراجع ما سيأتي بصدد تحليل أحكام القانون الأمريكي، ص 159 وما بعدها من هذه الرسالة.

يتعين أن يتحدد من الناحية المنطقية بالحالة التي لم يتم التعبير فيهـا عن ارادة الأطراف بشكل صريح أو مؤكد . ولو أخذنا بمثل هذا الحل ،فانه سيؤدي بنا الى اعتماد منهج ذي وجهين بمقتضاه يتم تطبيق قانون الارادة اذا ما تم التعبير عن هذه الارادة صراحة أو أمكن استخلاصها بصفة مؤكدة بطريقة ضمنية ، فاذا تعذر ذلك فانه حينئذ فقط يتم اللجوء الى فكرة تركيز العقد .

غير أن هذه الطريقة في التفكير لا تخلو من النقد . فشقها الأول يتعرض لنفس الانتقادات التي وجهت الى النزعة الذاتية في شكلها المطلق. كما أنه يصعب في الكثير من الأحيان التحقق مما اذا كانت الارادة ضمنية أم مجرد ارادة احتمالية .

على أن العميد باتيفول قد توصل الى حل توفيقي ، بوضعه لنظريته الشهيرة المعروفة تحت اصطلاح نظرية تركيز العقد " théorie de la localisation du contrat "

وهو في هذا الصدد ينطلق من فكرة مؤداها أن دور الأطراف يقف عند حد تركيز العقد وذلك بايضاح عناصره. فان تعددت هذه العناصر ولم تؤد كلها الى تطبيق نفس القانون ،فانه يتعين حينئذ على الأطراف المتعاقدة بيان العناصر المهمة في عقدهم والتي تسمح بربط العقد بنظام قانوني معين أكثر من غيره من الأنظمة التي يرتبط بهذا العقد . (1) .

وبذلك ، فان القانون الواجب التطبيق في نظرية العميد باتيفول يتسم

---

(1) باتيفول ولاجارد ، المطول ،ج 2 المرجع السابق،بند 573،ص 266، ومقاله السابق في النزعتين : الذاتية والموضوعية في القانون الدولي الخاص بالعقود ،ص 53.

تحديد ، انطلاقا من فكرة تركيز العلاقة التعاقدية ، وهي وجهة نظر ان اعتمدت فانها ستؤدي الى جعل كل عقد دولي مرتبطا حتما بنظام قانوني معين .

ثانيا : النتائج المترتبة عليها : ولو راعينا معطيات النزعة الموضوعية ، فانه يمكننا استخلاص النتائج التالية :

(1) ان النتيجة الحتمية التي تترتب على النزعة الموضوعية هي أنه يستحيل تصور عقد بدون قانون يحكمه . فعملية التركيز تؤدي حتما ، كما أسلفنا ، الى ربط العقد بدولة ما ، وهو من شأنه اخضاع العقد لقانون الدولة التي تم تركيزه بها .

(2) انه وان كان ليس هناك ما يمنع الطرفين المتعاقدين من اختيار القانون الذي يحكم عقدهما (1) ، فان اختيارهما ليس مطلقا كما تقول بذلك النزعة الذاتية ، بل انه يتعين أن تكون للقانون المختار صلة بعقدهما . فان انعدمت

---

(1) وقد يكون الاختيار كما أسلفنا صريحا ، وذلك بأن يدرج بند صريح في العقد يدل على أن الطرفين قد قررا اخضاع عقدهما الدولي للقانون الايطالي أو الفرنسي مثلا ، وقد يكون هذا الاختيار ضمنيا ولكنه مؤكد بحيث يسكت الطرفان عن تحديد القانون الواجب التطبيق ولكنهما يدرجان شرطا بعقدهما يمكن من خلاله استخلاص القانون الذي انصرفت ارادة الطرفين الى اعتماده ، كأن يدرجا بعقدهما شرطا بمقتضاه يعطيان حق الفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينهما لمحكمة اسبانية ، فيمكن أن يستفاد من ذلك أن ارادتهما قد اتجهت الى تطبيق القانون الاسباني . هذا وتجدر الملاحظة أن العميد باتيفول لا يمانع في اعتماد الارادة الضمنية متى كانت مؤكدة وإن كان لا يصرح بذلك . ودليل ذلك أنه يشير الى امكانية استخلاص القانون الواجب التطبيق من شرط اعطاء الاختصاص لمحكمة دولة معينة ( المطول ، ج 2 ، بند 573 ، ص 266 ) ، على خلاف الأستاذ مايير الذي كان واضحا بهذا الصدد وهو بصدد تحليله لمعطيات النزعة الموضوعية ( الموجز - بند 677 ، ص 547 ) ، على أنه يجدر التنبيه في هذا الصدد الى أن القانون المختار في نظر العميد باتيفول يسري في هاتين الحالتين بوصفه مجرد عنصر من عناصر تركيز العقد ( باتيفول ولاجارد : ج 2 ، بند 573 (1) - ص 268 ) .

مثل هذه الصلة بين العقد و القانون المختار لحكمه،فانه يبقى من حق القاضي استبعاد القانون المختار و اللجوء الى احلال القانون المرتبط بالعقد محله(1).

(3) ان فكرة تركيز العقد تؤدي الى الزام أطراف العقد بمراعاة كل الأحكام الواردة بالقانون الذي يحكم عقدهما ، أي مراعاة الأحكام المطبقة أثناء ابرام العقد ،وكذلك الأحكام اللاحقة التي قد تلحق القانون المطبق على هذا العقد . و ذلك لأن الأطراف اذ يركزون عقدهم في دولة ما ، فانهم يصبحون ملزمين باحترام كل الآثار المترتبة على هذا التركيز(2).

و نظرا لأن العقد سيصبح مرتبطا بقانون الدولة التي يركز فيها ، فانه لا يمكن تصور فكرة تجزئة العقد ( théorie du dépeçage du contrat )(3)، اذ أن العقد يصبح بكامله خاضعا لقانون واحد يحكمه ، وخاصة فيما يتعلق بالأحكام الآمرة الواردة بهذا القانون ، و هذا القانون هو الذي يتولى تحديد شروط تكوين هذا العقد وشروط صحته ، و هو الذي يقوم أيضا ببيان حالات بطلانه أوعدم سريانه .

---

(1) باتيفول و لاجارد ـ المطول ـ ج 2،بند 573 (1) ص 268-269.

(2) يراجع في هذه النتيجة الأستاذة :ف.د يبي ـجيرار في رسالتها المتعلقة بدور قاعدة الاسناد ،المرجع السابق،بند 289،ص 231.
و قد أشارت اليها وهي بصدد تحليلها لمعطيات النزعة الموضوعية في اطار العقود الدولية.

(3) للاطلاع على تحليل مفصل لمعطيات نظرية تجزئة العقد ، يراجع مقال الأستاذ : بيه.لاجارد ،تحت عنوان : P. LAGARDE, le dépeçage dans le droit international privé des contrats, Riv. dir. priv. e. process. 1975. 649.

(4) ان نظرية تركيز العقد تؤدي الى الاستغناء عن فكرة عقد الخيار "contrat de choix" (1)، وتؤدي الى تفادي الجدل الفقهي الذي أثير بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق عليه (2).

ثالثا : تقييم النزعة الموضوعية : تحليل ونقد :

اذا كانت النزعة الموضوعية تتجنب الانتقادات النظرية والعملية التي وجهت الى النزعة الذاتية، بحيث أنها تجعل كل عقد خاضعاً حتما لنظام قانوني معين، كما أنها تحول دون تحكم الأطراف في تحديدهم للقانون الذي يحكم عقدهم وتلزمهم باحترام كل الأحكام الواردة بالقانون الأجنبي الذي يحكم العقد المبرم، فان هذا لا يمنع من أن هناك انتقادات وجهت الى هذه النظرية يمكن ايجازها فيما يلي :

1) ان فكرة تركيز العقد تتجاهل أن يكون للطرفين الدور الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق، وهو أمر قد يخالف كل توقعات الأطراف

---

(1) ويقصد "بعقد الخيار" الذي قال به مؤيدو النزعة الذاتية في معطياتها الأولية، الاتفاق السابق الذي يتفق طرفا عقد بمقتضاه على القانون الواجب التطبيق على هذا العقد المبرم بينهما، أو كما يقول الدكتور هشام على صادق هو "الذي يعلن المتعاقدان بمقتضاه رغبتهما في اختيار قانون معين لينطبق على العقد الدولي المبرم بينهما". (مؤلفه في تنازع القوانين، القاهرة 1974، بند 183 - ص 653)

(2) ذلك أن هناك جدلا فقهيا قد أثير بصدد هذه المسألة، فقد ارتأى جانب من الفقه جواز عدم خضوع "عقد الخيار" لأي قانون يحكمه، في حين أن هناك جانبا من الفقه، وان كان يقول بوجوب عقد الخيار لقانون يحكمه، فانه لم يتفق على هذا القانون، ذلك أن اتجاها أولا نادى بتطبيق قانون القاضي بشأنه، وهو اتجاه انتقد لعدم المعرفة المسبقة للقاضي الذي سيتولى الفصل في النزاع، كما أنه ليس من المقبول ربط مصير عقد ما بالقاضي الذي ستوكل اليه مهمة الفصل فيه، في حين أن هناك اتجاها ثانيا قال باخضاع عقد الخيار لنفس القانون الذي يحكم العقد الأصلي (في تفاصيل ذلك، العميد باتيفول، محاضراته بمعهد الدراسات العليا - المرجع السابق، ص 76).

المتعاقدة. وفي هذا الصدد يقرر الأستاذ : "ب.لويس ليكا P. LOUIS-LUCAS " أنه مما لا شك فيه أن الطرفين سيندهشان اذا ما أخبرناهما بأن دورهما يقف عند حد التركيز. فالطرفان باختيارهما قانون دولة معينة لحكم عقدهما يكونان قد ابتغيا تحقيق أمر أكثر ايضاحا يتمثل في اخضاع عقدهما للقانون الذى اختاراه" (1).

2 ) ونظرا لأنّ نظرية التركيز تتجاهل أن يكون للطرفين الدور الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، فان هذه النظرية تؤدى في نهاية الأمر الى انكار كل تدخل للارادة في اطار هذا العقد .

ذلك أن فكرة التركيز تقوم أساسا على فكرة ارتباط العقد نفسه بنظام قانوني معين ، بحيث أنه اذا كان العقد غير مرتبط بالنظام القانوني المختار فانه يتعين حينئذ استبعاد هذا القانون (أى قانون الارادة ) واحلال القانون الأكثر ارتباطا بالعقد محله. ومثل هذا النقد يتضح أكثر اذا ما لاحظنا أنه لا دخل لارادة الأطراف في تحديد النظام القانوني الذى يرتبط به العقد ، اذ أن ارادة الأطراف حتى لو كانت صريحة فانها تعتبر كما أسلفنا مجرد عنصر من العناصر المعتمد عليها للتوصل الى تركيز العقد (2).

---

(1) P. LOUIS-LUCAS, la liberté contractuelle et le droit international privé, Mélanges Dabin, tome 2, P. 743 et suiv. et spéc. P. 759.

كما يراجع في هذا الاتجاه RABEL, the conflict of laws, op. cit. N. 672, P. 494.

(2) يراجع في هذا التحليل : ب. لويس ـ ليكا ، مقاله تحت عنوان : "حرية التعاقد والقانون الدولي الخاص" ، المنشور بمجموعة دابان ، المرجع السابق ـ ص 759.

3 ) ان النزعة الموضوعية باعطائها القاضي سلطة تعديل اختيار الأطراف مع ما يترتب على ذلك من حقه في تطبيق قانون غير القانون الذى اختارته الأطراف المتعاقدة ـ بدعوى أن هذا القانون المختار لا يرتبط بالعقد ، يكون من شأنها المساس بمبدأ دقة ( certitude ) الأحكام ومن ثم الحيلولة دون تحقيق مبدأ استقرار الأوضاع القانونية.

على أن هذا النقد لم يلق صداه لدى أنصار النزعة الموضوعية ، فهؤلاء يقولون بضرورة استبعاد مسألة دقة الأحكام من نطاق المسائل القانونية ، فاذا كان مبدأ الدقة في الأحكام ، في نظرهم ، يمكن اعتماده في ظل الرياضيات حيث لا دخل في هذا المجال لارادة الانسان ، فان الأمر يختلف عنه بالنسبة الى المجال القانوني شأنه في ذلك شأن العلوم الانسانية ، حيث يتعين تقبل تدخل الانسان بصفة ايجابية ، وبناء على ذلك ، فهم يقررون أن تدخل القاضي في رقابة القانون المختار من حيث مدى صلته بالعقد لا يعتبر أمرا خطيرا ولا يمس البتة مبدأ دقة وتوقع الأحكام ، اذ يكفي للأطراف اختيار قانون يرتبط بالعقد المبرم لكي ينتفي كل تدخل للقاضي (1).

كما أن اعطاء القاضي حق رقابة مدى سلامة القانون المختار يسمح بالتأكد من الطابع الدولي أو الداخلي للعقد المبرم ، ومن ثم بالحيلولة دون ارتكاب أطراف العقد غشا نحو القانون . ذلك أن أطراف عقد داخلي قد يحاولون التهرب من الأحكام القانونية الآمرة الواردة بالقانون الذى يحكم هذا العقد أصلا

---

(1) باتيفول ولاجارد ، المطول ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 573 (1) ، ص 268.

فيعمدون الى اضفاء الصفة الدولية عليه كاشارتهم الى أن العقد قد تــم ابرامــه بالخارج ، وذلك لاخضاع عقدهم لقانون دولة أخرى لاصلة لهــا بالعقــد المبـرم.

فباعتماد النزعــة الموضوعية يستطيع القاضي أن يستبعد الــطابـع الدولي الذى قام الطرفان باضفائه على عقــدهما واعتبار هذا العقد داخليا ، فيعمد من ثم الى اخضاعه لقانون الدولة التي كان يتعين أصلا أن يخضــع لأحــكامها . ومثل هذه النتيجة لا يمكن التوصل اليها الا اذا أخذنا بالنزعة الموضوعية ، لأن منطق النزعة الذاتية لا يخول القاضي مثل هذه السلطة.

4 ) كما انتقدت النزعة الموضوعية بدعوى أنها غير واقعية ، لانهــا لا تتماشى واختيار الأطراف المتعاقدة . ذلك أنه في نظر معارضي النزعة الموضوعية يتعين تقديس ارادة الأطراف ، بحيث اذا تولوا تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم يتعين احترام هذه الارادة .

غير أن هذا النقد ليست له القوة المقــنعة في نظر بعض الفقهــاء المتأثرين بالنزعة الموضوعية الذين يقولون بوجوب تدخل القضاء حتى في الحالات التي يعبر فيها الأطراف عن اراداتهم صراحة . وهم في سبــيل تأييد رأيهم لتدخل القاضي ، يقررون أن هذا الدور المقرر للقاضي يعترف له بــه حتى في مجال العقود الداخلية . فالمقرر في هذا الصدد أن مــن حق القاضي أن يلجأ الى اعطاء العقد المبرم التكــييف السليم اذا مـــا لاحظ أن بــنود الاتــفاق لا تتماشى مع التــكييف المعطى له من قــبــل الأطراف ، ومثل هذه السلطة يتعين اعطاؤها للقاضي أيضا حتى في ظــل

القانون الدولي الخاص، فيصبح من حق القاضي حينئذ أن يراقب اختيار الأطراف وأن يعمد الى استبعاد القانون الذى اختارته الأطراف المتعاقدة اذا اتضح له أن الاختيار غير سليم قانونا.

ومما يؤكد أن النزعة الموضوعية تتماشى مع الواقع في نظر دعاتها، هو اعتمادها لحل واقعي في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم بمقتضى اتفاق صريح. وهذا الحل يتمثل في اعطاء القاضي حق التدخل لتحديد القانون الواجب التطبيق، وهو خلاف ما تقول به النزعة الذاتية التي تتبنى حلا ملتويا يقوم على أساس الزام القاضي بالبحث في مثل هذا الفرض عن النية المفترضة أو الحقيقية للأطراف. فمثل هذا البحث، وان قام به القاضي، فانه يعتبر من قبيل الحيلة القانونية، لأن القاضي انما يقوم في هذه الحالة بتركيز العقد طبقا لعناصره المكونة له تحت ستار البحث عن النية الحقيقية للأطراف المتعاقدة (1).

5 ) ان النزعة الموضوعية لم تهتم بوضع قواعد اسناد تلائم العقود الدولية، فسعي بعض أنصارها الى البحث عن الوسائل الكفيلة بمنع الأطراف من ارتكاب غش نحو القانون، قد أدى بهم في الكثير من الأحيان الى اعتماد معايير شكلية، كالفقيه بيل بأمريكا الذى ارتأى اخضاع العقد لقانون محل الابرام في كل الأحوال، وهو ما سايره فيه الريستاتمنت الأول (2).

---

(1) رايل، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 666.

(2) يراجع ماسبق ص 90 من هذه الرسالة. هذا مع ملاحظة أن الفقيه بيل لم يقل باعتماد هذا الضابط لاستبعاد الغش نحو القانون الواجب التطبيق أصلا، غير أن أخذه بهذا الضابط كان يستهدف حتما تحقيق هذه النتيجة. يراجع في هذا التحليل، الأستاذ: ب. أودي، رسالته في الغش نحو القانون، المرجع السابق، بند 484، ص 379.

وهو معيار غير سليم لأن الأخذ بهذا المعيار لا يقف حتما عقبة في وجه أطراف التعاقد لارتكاب غش نحو القانون. ذلك أنه يكفي لأطراف العقد أن ينتقلوا الى اقليم دولة ما، أو أن يدعوا أن عقدهم قد أبرم باقليم دولة ما، لكي يتوصلوا الى تطبيق قانونها، فيتهربوا بناء على ذلك من تطبيق القواعد الآمرة المنصوص عليها في قانون الدولة التي كان يتعين اخضاع عقدهم لأحكامه. وبذلك، فان النزعة الموضوعية - حالة اعتمادنا للمعايير الشكلية التي قال بها بعض دعاتها - لا تصبح مختلفة في معطياتها عن النزعة الذاتية، اذ أن كلتيهما لا تمنع من ارتكاب غش نحو القانون (1).

6) والى جانب هذه الانتقادات السابقة، يرى بعض الفقه أن النزعة الموضوعية تقضي كلية على فكرة العقد الدولي. نعم، ان هذه النزعة لا تتجاهل ارادة الأطراف ولكنها تعطي لهذه الارادة دورا محدودا جدا. ودليل ذلك ما يقرره بعض الفقهاء الفرنسيين من أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب يتحدد فقط بالقواعد المفسرة وحدها دون القواعد الآمرة (2). فالنزعة الموضوعية باعتمادها هذا المنطلق تضيق من نطاق الحرية المقررة للأطراف المتعاقدة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد، بحيث

---

(1) الأستاذ: ب. أودي - المرجع السابق - بند 484 - ص 380.

(2) SALEB (M); essai sur le principe de l'autonomie de la volonté, 1927 ; P. 122; Niboyet, note au Sirey 1933, P. 42.

حيث يقرر " أنه في مجال القانون الدولي الخاص - كما هي الحال بالنسبة الى القانون الداخلي - حرية تدخل الأطراف في تحديد مضمون اتفاقاتهم تتحدد بالحالة التي نكون فيها بصدد قواعد اختيارية (أي غير آمرة)، وأن ارادتهم لا يمكن أن تتجاوز اطار تدخل هذه القواعد (الاختيارية) ".

تجعلها شبيهة بالحرية المقررة لهم بمقتضى المادتين 1134 و 6 من القانون المدني الفرنسي . ومثل هذا التقريب بين حرية الارادة في مجال القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي يصبح أمرا منتقدا في نظر بعض الفقه الآخر، وسنده في ذلك أن فكرة القواعد الآمرة تختلف من حيث نطاق تدخلها في القانون الداخلي عما هي في المجال الدولي (1)، كما أنه يتعين - مراعاة للصفة الدولية للعلاقة - عدم تطبيق القواعد الآمرة في المجال الدولي بنفس الطريقة وبنفس القوة المقررتين لها في المجال الداخلي . فالعلاقة بتجاوزها حدود اقليم الدولة الواحدة ، تجعل القواعد الصادرة عن هذه الدولة تفقد بعض قوتها، وهو أمر يترتب عليه بالضرورة اعطاء الأطراف المتعاقدة قدرا من الحرية في مجال علاقاتهم الخاصة الدولية سواء فيما يتعلق بالقواعد الآمرة الصادرة عن هذه الدولة أو القواعد المفسرة السارية المفعول بها (2).

وخلاصة القول هي أن النزعة الذاتية تعطي الاهتمام كله لارادة أطراف التعاقد ، يستوي في ذلك أن يكون هؤلاء الأطراف قد عبروا عن هذه الارادة أو لم يقوموا بهذا التعبير ، مع تجاهل كل دور للقاضي . وذلك على خلاف النزعة الموضوعية التي تمنح القاضي سلطات هامة، اذ يتمتع بحق رقابة مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد ، يستوى في

---

(1) يراجع ما سيأتي تحليله في ص104 ومابعدها من هذه الرسالة بصدد التفرقة التي أقامها الفقيه نيوماير Neumayer بهذا الصدد .

(2) الاستاذ : ب. أودي ، المرجع السابق، بند 485، ص ص 380 - 385.

ذلك أن يكون أطراف العقد قد حددوا هذا القانون صراحة ، أو يكونوا قد سكتوا عن هذا التحديد اعمالا للمبدأ الذى قرره العميد باتيفول في هذا الصدد ، والذى مؤداه أن الأطراف يركزون العقد ، وأن القاضي هو الذى يتولى استخلاص القانون الواجب التطبيق.

## الفرع الثالث

## النزعة المعتدلة أو فكرة ازدواجية الرابطة العقدية

( DUALISME DU RAPPORT CONTRACTUEL )

أولا : معطياتها : ازاء الانتقادات التي وجهت الى النزعتين : الذاتية والموضوعية ، ظهر اتجاه ثالث حاول أن يوفق بين هاتين النزعتين ، فاتخذ في ذلك موقفا وسطا.

وقد انطلق دعاة هذا الاتجاه من فكرة مؤداها أن الطرفين حينما يختاران قانونا لحكم عقدهما ، فان هذا لا يعني كما يقول الأستاذ باتيفول أنهما بذلك قد قصدا تركيز العقد ، بل كل ما في الأمر أنهما قد اختارا هذا القانون لكونهما يعتبرانه أكثر ملاءمة لحكم العقد المبرم بينهما . وتطبيقا لذلك فاذا أبرم عقد بيع محله حبوب يتم تصديرها من كندا الى فرنسا ، وقرر الطرفان اخضاع عقدهما لأحكام القانون الانجليزى ، فان ذلك لا يعني أن اختيار هذا القانون ( أى القانون الانجليزى ) راجع لاعتقاد طرفي العقد أنهما يقومان " بمعاملة انجليزية " ، بل كل ما في الأمر أنهما ارتأيا في القانون الانجليزى أحسن قانون لحكم عقدهما.

و استنادا الى هذه الملاحظة ، فان أنصار النزعة المعتدلة يعتقدون أنه بالامكان التوصل الى حل وسط بين النزعتين : الذاتية و الموضوعية ، و يرون أن تحقيق هذه النتيجة يمكن أن يتحقق عن طريق الانطلاق من معطيات النزعة الذاتية مع ايراد قيود عليها تحول دون فعالية الانتقادات التي سبق أن وجهت الى هذه النزعة .

1 ) كيفية تجنب الانتقادات النظرية التي وجهت الى النزعة الذاتية :

فيما يتعلق بالانتقادات التي وجهت الى النزعة الذاتية من حيث أسسها النظرية يمكن تجنبها بمراعاة القاعدتين التاليتين :

أ ) التصريح بأن اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق ليس مرجعه ارادتهما المطلقة ، بل انه يجد مصدره في قاعدة اسناد وطنية تجيز للأطراف حق اجراء هذا الخيار . أى أن خيار الأطراف لا ينتج أى أثر الا اذا اعترف لهم القانون بذلك ، الأمر الذى يؤكد الوجود المسبق للقانون على العقد .

ب ) الاعتراف بأن التزامات الطرفين العقدية تتحدد على ضوء القواعد المادية الواردة بالقانون المختار وليس مرجعها ارادة الطرفين . أى أن الطرفين بمجرد اتفاقهما على اخضاع عقدهما لقانون دولة معينة ،فان هذا القانون هو الذى يتولى حكم كل المسائل المتعلقة بعقدهما .

نعم ، ان هذه النتيجة الأخيرة قد تثير تساؤلا هاما مؤداه : كيف يمكن للطرفين بواسطة خيار تشريعي يجريانه أن يستبعدا بعض الأحكام الواردة بقانون ما ، وهي أحكام آمرة ، ويعمدا الى تطبيق أحكام واردة بقانون آخر فيخضعان العقد المبرم لأحكامه ؟

لقد تعرض الاستاذ : كارل نيو ماير Karl NEUMAYER (1) للاجابة على هذا التساؤل ، فأوضح أنه يتعين التفرقة بصدد الأحكام القانونية الآمرة بين طائفتين من هذه الأحكام ، فهناك أحكام آمرة يقتصر نطاق تطبيقها على المجال الداخلي ( dispositions impératives internes ) ، وهناك أحكام آمرة تطبق في المجال الدولي ( dispositions internationalement impératives ).

فأما الطائفة الأولى : فانها تتعلق بتنظيم مصالح خاصة محضة . ويمكن أن تذكر من بينها في ظل القانون الفرنسي مثلا : بطلان العقد لتخلف السبب أو المحل ، و استحالة اجراء حوالة الدين ، و اقرار بطلان الشرط متى كان تحققه متوقفا على ارادة المدين وحده ، ( condition potestative ) . ففي مثل هذه الحالات نكون أمام قواعد آمرة داخلية أي قواعد يتحدد مجال تطبيقها بنظام داخلي معين ( هو النظام القانوني الفرنسي ) اذ ابتغى المشرع من وراء اقرارها تحقيق هدفين ، يتمثل أولهما في حماية طرفي العقد وخاصة الطرف الضعيف من الآثار التي تترتب على مجرد تعبيرهما عن ارادتيهما ، ويتجلى ثانيهما في اعطاء العلاقات التعاقدية اطارا صلبا وفقا للتصور الخاص للمشرع الفرنسي له بحيث لا تملك ارادة الأطراف أن تمارس دورا ما في غير حدود هذا الاطار .

على أن هذه القواعد الآمرة الداخلية ان كان يتعين على أطراف العقد احترامها بصدد العقود الداخلية التي يجرونها ، تفقد مثل هذا الوصف في مجال العقود الدولية ، بحيث ان هذه القواعد تتحول في هذا الاطار ،

---

(1) Karl NEUMAYER, autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, R. 1957. 579, et R. 1958 .53.

الى مجرد نموذج شامل ( modèle global ) يتم اقتراحه لحكم العقود الدولية. ولذلك فانه بصدد العقود التي تدخل في اطار هـذا النموذج ( أي العقود الدولية ) فان المشرع يترك لقاعدة الاسناد وظيفة تحديد ما اذا كان يتعين احترام مثل هذا النموذج بشأن العقد الدولي موضوع النزاع أو أنه ليس هناك ما يدعو الى اتباعه. فاذا أعطت قاعدة الاسناد الاختصاص التشريعي لقانون دولة أخرى، فان القاضي لا يمانع في تطبيق هذا القانون الأجنبي على العقد الدولي موضوع الاعتبار طالما أن هناك سببا جديا يدعو الى ذلك. وبما أن المبدأ المعمول به في هذا المجال هو أنه يحق للأطراف، باستثناء حالة الغش نحو القانون، اختيار القانون الذي يلائم عقدهما، فان المنطق يقتضي بأن يلتزم الأطراف باحترام القواعد الآمرة الداخلية الواردة بالقانون المختار فقط، دون القواعد الآمرة الداخلية المنصوص عليها في قانون القاضي المعروض عليه النزاع.

وأما الطائفة الثانية: فتشمل القواعد الآمرة في المجال الدولي. وهذه القواعد توافق ما اصطلح على تسميته حاليا بفرنسا بقوانين البوليس (1).

---

(1) وهي قوانين ترتبط بفكرة تنظيم الدولة، تعتبر أساسية لحماية مصالح الدولة التي أصدرتها. والواقع هو أنه ليس هناك حتى الآن تعريف شامل ومانع لقوانين البوليس، بل كل ما في الأمر أن هناك معايير تم وضعها في هذا الاطار، وهي على أنواع ثلاثة: فهناك معايير شكلية تنظر الى طريقة الصياغة المعتمدة، وهناك معايير فنية تقوم على أساس محاولة تحديد ماهية قوانين البوليس، بالتقريب بينها وبين مصطلحات أخرى تتمثل في القوانين الاقليمية وفكرة النظام العام، وأخيرا هناك معايير مرتبطة بفكرة الهدف أو الغاية، وهي التي تقوم على أساس الربط ما بين الهدف المبتغى من وراء وضع قوانين البوليس والقوانين السياسية من جهة، وما بين قوانين البوليس والقوانين التي اصطلح على تسميتها بالقوانين ذات التطبيق المباشر ( lois d'application immédiate )
-/-

وهي قوانين ، وان كانت لا تعتبر جزءا من القانون الذى اعتمد لحكم العقد ، تعتبر واجبة التطبيق نظرا لوجود ارتباط وثيق - غالبا ما يكون اقليميا - بينهما وبين العقد المبرم ، ككون العقد قد أبرم باقليم الدولة التي أصدرت هذه القوانين أو تنفذ به. وكمثال على ذلك ، هناك قانون صدر بفرنسا في : 01/09/1948 تولى المشرع بمقتضاه تحديد مبلغ الايجار بالنسبة الى المحلات ذات الطابع السكني والمهني ، وقرر تطبيقه على كل العقود التي تتعلق

---

-/- على أن المعيار الاكثر اعتمادا في الوقت الحاضر ، هو الذى أشرنا اليه بالمتن ، وهو يقوم على أساس الربط بين قوانين البوليس وفكرة تنظيم الدولة ، والذى يؤدى ى اعتماده ، الى اعتبار قوانين البوليس ضربا من القوانين ذات التطبيق المباشر اذا ما جردنا قوانين البوليس من الضابط الاقليمي المعتمد بشأنها في الكثير من التشريعات (كما هو الشأن بالنسبة الى المادتين 3 / 1 مدني فرنسي و المادة 5 مدني جزائرى ).

في تحليل هذه الأحكام المتعلقة بقوانين البوليس ، يراجع على سبيل المثال :

Ph. Francescakis, les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois, R.1966, P. 1 et suiv; et spéc. P. 13; lois d'application immédiate et droit du travail; l'affaire du comité d'entreprise de la compagnie de wagons- lits", R. 1974, P. 273; P. Gothot, le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, R. 1971, P. 2, 209 et. 415; P. Graulich, règles de conflit et règles d'application immédiate, mélanges J. Dabin, tome 2, 1963, P. 629 et suiv.

وفيما يتعلق بالاهتمام بمسألة مدى امكان تطبيق قوانين البوليس الأجنبية وحدود هذا التطبيق والمعيار الواجب اعتماده لتحديد ماهية هذه القوانين يراجع :

F. DEBY- GERARD, le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Dalloz, Paris 1973, N. 195 et suiv, P. 163 et suiv.

بمحلات موجودة بفرنسا حتى لوكانت هذه العقود خاضعة أصلا لقانون أجنبي. فتطبيق هذا القانون كما هو واضح ، يؤدى حتما الى تحديد مبلغ الايجار بالمبلغ المحدد بالقانون الفرنسي متى كان المحل المؤجر موجودا بفرنسا ويدخل ضمن المحلات التي تخضع لقانون 1948 حتى لو كان عقد الايجار المبرم بين الطرفين خاضعا أصلا لأحكام قانون أجنبي .

واذن ، فان هناك فرقا بين الطائفتين من القواعد الآمرة . ذلك أنه اذا كانت القواعد الآمرة الداخلية لا تراعي بصددها صفتها الآمرة الا اذا كان النظام التشريعي الذى يتضمن هذه القواعد هو الواجب التطبيق على العقد ، فان القواعد الآمرة في المجال الدولي - أى القواعد التي تدخل في تكوين ما اصطلح على تسميته بقوانين البوليس - تبقى آمرة في كل الأحيان سواء في المجال الداخلي أو في المجال الدولي ، ولذلك فانها تكون واجبة التطبيق حتى لوكان القانون الذى يحكم العقد الدولي أصلا هو قانون دولة أخرى .

ولو راعينا هذه التفرقة التي قال بها الأستاذ "كارل نيو مايير"، فانه سيترتب على اعمالها أن النقد الذى وجه الى النزعة الذاتية من حيث كونها تسمح لأطراف التعاقد بتجاهل القواعد الآمرة ، سيصدق فقط بالنسبة الى القواعد الآمرة في المجال الدولي دون القواعد الآمرة الداخلية ، وهو نقد يمكن تلافيه بدوره بالتصريح بأنه لا يمكن لارادة الأطراف المتعاقدة أن تعمد الى استبعاد قوانين البوليس .

على أنه اذا كان الأخذ بالملاحظات السابقة يؤدي الى تجنب الانتقادات التي وجهت الى النزعة الذاتية فيما يتعلق بأسسها النظرية، فكيف يمكن تجنب الانتقادات ذات الطبيعة العملية التي وجهت الى هذه النزعة.

2 ) الحلول الكفيلة باستبعاد الانتقادات ذات الطبيعة العملية الموجهة الى النزعة الذاتية :

حاول أنصار هذه النزعة الاجابة على الانتقاد المتعلق بالارادتين الضمنية والمفترضة، فارتأوا أن أول حل يمكن اعتماده لمواجهة هذا النقد يمكن أن يتم عن طريق اعتماد نظام ثنائي بصدد العقود الدولية (dualisme du rapport contractuel)، بحيث يعتد بارادة الأطراف متى تم التعبير عن هذه الارادة، فاذا لم يتم التعبير عنها فانه يلجأ حينئذ الى استخدام منهج تركيز العلاقة (1).

---

(1) وهو الحل الذي تبنته اتفاقية روما المقيدة تحت رقم : CEE / 934/ 80 المؤرخة بـ 19 جوان 1980، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية (وهي اتفاقية تم نشرها بالجريدة الرسمية للمجموعة الاقتصادية الأوروبية، العدد 266 المؤرخ 09/10/1980)، فقد نصت هذه الاتفاقية على أن "العقد (الخاضع لأحكام هذه الاتفاقية) يخضع للقانون الذي تختاره الأطراف المتعاقدة صراحة أو الذي يمكن استخلاصه بصفة مؤكدة من بنود العقد أو ظروف التعاقد . . ." (المادة 3 "1" )، كما ورد بها أنه "اذا لم يتم اختيار قانون ما لحكم العقد المبرم طبقا للمادة 3، فان هذا العقد يخضع لقانون الدولة الذي يرتبط بها ارتباطا وثيقا . . ." (المادة 4 "1" ). كما أن هذه الاتفاقية قد تولت بمقتضى مادتها الرابعة (الفقرتين 1و2) بيان القرائن التي يعول عليها لتركيز العقد المبرم من الناحية الموضوعية، فحددته كأصل عام بالنسبة الى الشخص الطبيعي بالمكان الذي يوجد به مكان اقامته المعتاد وقت ابرام العقد، وبالنسبة الى الشركات والجمعيات وبقية الأشخاص المعنوية بالمكان الذي يوجد به مقر ادارتها المركزي (administration centrale)

— / —

غير أن هذا الحل قد استبعد بدعوى أن اعتماد مثل هذا النظام الثنائي يؤدي الى اجراء فصل بين وضعين فقط، هما : حالة التعبير عن الارادة وحالة عدم التعبير الكلي عنها، في حين أن هناك عددا كبيرا من الحالات التي تندرج ضمن هذين الوضعين. " فبين اختيار واضح وصريح وبين التخلف الكلي لمثل هذه الارادة، يمكن ادراج حالات كثيرة، كامكانية وجود هذه الارادة - وهي امكانية قد تكون ضعيفة كما أنها قد

---

-/ - كما أوضحت هذه الاتفاقية أنه اذا كان العقد المبرم متعلقا بالنشاط المهني للأشخاص السالف ذكرهم، فانه يتم تركيز هذا العقد بالدولة التي يوجد بها مركزهم الرئيسي. فان كان من المقرر أن يتم الوفاء من طرف أحد الفروع الأخرى لهذه الأشخاص، غير مركزها الرئيسي، فانه يعتد بقانون الدولة التي يوجد بها هذا الفرع ( المادة 4"2" ).

على أن هذه القرائن لا يعتد بها في كل الفروض، فقد أوردت الاتفاقية استثناءات ثلاثة على الحكم المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 4.

فأما الاستثناء الأول فيتعلق بالعقود التي تنصب على حقوق عينية عقارية أو حقوق مرتبطة باستغلال عقار، فأخضعتها الاتفاقية لقانون موقع العقار ( المادة 4"3" ).

وأما الاستثناء الثاني، فيخص عقود نقل البضائع وقد أخضعتها هذه الاتفاقية لقانون الدولة التي يوجد بها المركز الرئيسي للناقل وقت ابرام العقد، اذا ما اتحد هذا المركز مع مكان الشحن أو التفريغ أو المقر الرئيسي للمرسل ( المادة 4 "4" ).

في حين أن الاستثناء الثالث والأخير، ينصرف الى الحالة التي يتعذر فيها تحديد مكان الأداء الرئيسي ( prestation caractéristique )، اذ أنه في مثل هذه الحالة يصعد الى تطبيق الحكم العام الوارد بالفقرة 1 من المادة 4، والمتمثل في تطبيق قانون الدولة الأكثر ارتباطا بالعقد المبرم.

كما أشارت الاتفاقية الى وجوب استبعاد القرائن المنصوص عليها في الفقرات 2و3و4 اذا ما اتضح من مجموع الظروف أن العقد يرتبط بقانون دولة أخرى ارتباطا يفوق درجة ارتباطه بالقوانين التي ورد النص عليها في هذه الفقرات ( يراجع في ذلك :عجز المادة 4 "5" من الاتفاقية ).

تكـون قـويـة ـ وحـالـة الارادة الضمـنـية" (1).

وبعد استبعاد هذا الحل، فان هذا الفريق من الفـقه يوء ثر اعتماد ما أسماء بالنزعـة الذاتية المعمـمة ( subjectivisme généralisé ) بشأن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (2)، وهي فكرة تقوم على عدم الوقوف عند حد ارادة الطرفين، بل يجب أن تتعدى ذلك الى الأخذ بعين الاعتبار بما أسماه الأستاذ: "مايير" باعتـقاد الطرفيـن فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق" croyance des parties quant à la loi applicable" (3) مع اعتماد هذا "الاعتقاد" كوسلية لتركيز العقد تركـيزا موضوعـيا. ومؤدى هذا الحل المقـترح هو أنه اذا أجرى الطرفان اختيارا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، وهو اختيار قد يحصل بصفة صريحـة أو ضمنية في نـظر صاحبه، فان القاضي يكون ملزما باحترام هذا الاختيار. أمـا اذا لم يتم اجراء الاختيار، فانه يبـقى دوما بالامكان أن يكون لدى الأطراف " اعتـقاد " فيما يتعلق بالقانون الذى سيطبق على عقدهما. فاذا استطاع القاضي أن يتوصل الى اكتشاف هذا الاعتقاد، فانه يتعين عليه أن يحترمـه حتى يستجيب لتوقعـات الأطراف (4).

ولكن كيف يتوصل القاضي الى استخلاص اعتـقاد الأطراف ؟

يجيـب الأستاذ: مايير ـ صاحب هذا الاقتراح ـ على ذلك، بأن هنـاك

---

(1) الأستاذ: مايير/ القانون الدولي الخاص، ط. 1977، بند 674، ص 497.

(2) الأستاذ: مايير/ المرجع السابق، ط: 1977، بند 674، ص 498.

(3) و (4) المرجع والموضع السابقـان.

نوعين من العناصر يمكن اعتمادهما بهذا الصدد .

فهناك من جهة ما أسماء بالمظاهر الخارجية للارادة ( manifestations de la volonté ) وهي مظاهر، وان كانت لا تشير بصفة مباشرة الى القانون المختار ، فانها تكشف عن اعتقاد الأطراف عن القانون الذى سيحكم عقدهم. ومن قبيل ذلك اعطاء الاختصاص لجهة قضاء تابعة لدولة معينة ، أو اختيار نموذج عقدى معروف في أحد القوانين المرتبطة بالعلاقة . فمثل هذا الاختيار يمكن أن يفيد في تحديد القانون الواجب التطبيق ويمنع من ثم من استبعاد النقد الموجه الى النزعة الذاتية المحضة والمتمثل في كونها نزعة غير واقعية .

على أن الأستاذ مايير يشير بهذا الصدد الى أن اعتقاد الطرفين قد لا يمكن استخلاصه في بعض الحالات بصفة مؤكدة ، ولذلك يتعين أن نكون حذرين بصدد هذه الحالات. ومن قبيل ذلك مثلا أن يشير الطرفان في عقدهما الى اعتماد عرف سائد في دولة معينة ، فمثل هذه الاشارة قد تفيد فقط أن الطرفين قد أرادا الاقتصار على ادماج هذا العرف في بنود هصبا التعاقدية مع اخضاع العقد لقانون دولة أخرى لا تمانع في اعتماد مثل هذا العرف (1) . كما أن الطرفين قد يدرجان في عقدهما بند تحكيم ( clause compromissoire ) فان شرط التحكيم هذا ، لا يعني حتما اعطاء الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي يمارس بها الحكم وظيفته (2) . أضف الى ذلك أنه لو كانت هناك عدة قوانين مرتبطة بالعقد ، وكان أحد هذه القوانين فقط هو وحده الذى يجيز أحد بنود هذا العقد أو العقد بكامله ، فان هذا لا يعني أن اعتقاد

---

(1) الأستاذ : مايير ، المرجع السابق ، ط 1977 ، بند 689 ، ص 507 .

(2) الأستاذ : مايير ، المرجع السابق ، ط 1977 ، بند 690 ، ص 508 .

الطرفين قد انصرف حتما الى تطبيق هذا القانون . أى أن كون أحد القوانين فقط مجيزا للعقد أو لأحد بنوده ، فقط لا يقطع حتما بأن الطرفين قد أرادا اختيار هذا القانون لحكم عقدهما ، لأن المصلحة التي يكون أحد القوانين الأخرى المرتبطة بالعقد قد ابتغى تحقيقها من جراء اقراره لبطلان هذا العقد قد تكون واجبة الاحترام أيضا .

على أنه في نظر الأستاذ مايير ، اذا لم يعبر الأطراف عن القانون المختار صراحة ولم تسعف ظروف التعاقد في اختيار هذا القانون ، فانه يفترض أن اعتقاد الأطراف قد انصرف الى اختيار القانون الذى يجيز البند التعاقدى الذى لا يجيزه قانون آخر يرتبط بالعلاقة (1).

وهناك من جهة أخرى عناصر خارجية مادية يمكن الاعتماد عليها لتأكيد النتيجة المستخلصة من المظاهر الخارجية للارادة . ومثل هذه العناصر المادية الخارجية ، اذ يتم الاعتماد عليها ، فانما يكون ذلك بقصد التوصل الى استخلاص اعتقاد الأطراف المتعاقدة ، وليس مجرد وسلية لتحقيق عملية التركيز الموضوعي للعقد .

وكمثال لذلك ، يقرر الأستاذ مايير أنه لو أبرم طرفان عقدا فرنسيا لكي يتم تنفيذه بصفة أساسية بفرنسا ، فان مثل هذا العقد سيخضع حتما للقانون الفرنسي . نعم قد يحدث أن الطرفين لم يفكرا اطلاقا في القانون الذى سيحكم عقدهما ، ولذلك فانه يبقى بالامكان اللجوء الى تبني فكرة تركيز

---

(1) الأستاذ : مايير ، المرجع السابق ، ط 1977 ، بند 691 ، ص 508.

العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد ، كفكرة قائمة بذاتها وليس بوصفها قرينة على اعتقاد الطرفين. على أن النتيجة ستكون في نظر الاستاذ مايير واحدة سواء اعتمدنا فكرة تركيز العقد أو أخذنا بفكرة اعتقاد الطرفين ، ومن ثم فانه لا حاجة الى اللجوء الى تركيز العقد موضوعيا ويكفي الاستغناء عن ذلك بفكرة الاعتقاد طالما أن هذه الفكرة كفيلة بأن تحقق نفس الهدف المبتغى من فكرة التركيز (1).

وخلاصة القول هي أن نظرية الاستاذ مايير تندرج ضمن النزعة الذاتية ، اذ أنها تقوم على احترام ارادة الاطراف سواء أكانت هذه الارادة صريحة أم ضمنية ، أو تم استخلاصها باعتماد فكرة "اعتقاد الاطراف" متى كان هذا الاعتقاد مؤكدا أو محتملا (2).

ثانيا : تقييم هذه النظرية : على أن هذه النظرية لا تخلو بدورها من نقد ، ذلك أنها باعتمادها لفكرة اعتقاد الطرفين ، تكون قد اتخذت شكلا ملتويا لتطبيق نظرية الارادة المحتملة ، ودليل ذلك قول صاحبها بضرورة الاخذ بالاعتقاد المحتمل (3) ، للتوصل لاكتشاف ارادة الاطراف أن اقتضى الامر ذلك. وليس يخفى أن الاعتقاد المحتمل ليس الا وسيلة لانكار الدور الايجابي لتدخل القاضي وطريقا ملتويا لتطبيق نظرية الارادة المحتملة ، وهي ارادة لا وجود لها في نظرنا في الواقع ، ذلك أن كل ما في الامر هو أن القاضي يتستر في الواقع وراء الارادة المحتملة للاطراف لاخفاء الدور الايجابي

---

(1) أ/ مايير ، المرجع السابق ، ط 1977 ، بند 674 ، ص 498.

(2) أ/ مايير ، المرجع السابق ، ط 1977 ، بند 674 ، ص 498.

(3) أ/ مايير ، المرجع السابق ، ط 1977 ، بند 674 ، ص 498.

الذى يلعبه و هو بصدد تحديده للقانون الواجب التطبيق على العقد موضوع الاعتبار، و هو في سبيل تحديده لهذا القانون، يكون مضطرا الى تركيز هذا العقد ، لأنه بدون هذا التركيز يستحيل عليه ربط العقد بنظام قانوني معين.
و مما يؤكد ذلك هو أن فكرة الارادة المحتملة التي اعتمدها القضاء الألماني كانت موضع انتقاد شديد من الفقه الألماني الذى قرر بهذا الصدد أن القضاء الألماني باعتماده للارادة المحتملة يكون قد اختلق ارادة لا وجود لها في الواقع، و أنه لذلك يتعين الاعتراف بأن ما يسمى بالارادة المحتملة للأطراف ليس الا تسترا لحقيقة مؤكدة تتمثل في أن القاضي هو الذى يقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق استنادا منه الى الظروف الموضوعية التي تحيط بالعقد (1)، و هو المعنى الذى أكدته المحكمة الفدرالية نفسها بمقتضى حكم صادر عنها في : 1958/02/14 أوضحت بموجبه أن الارادة المحتملة يجب استخلاصها من التقدير الموضوعي لظروف النزاع و ذلك بغية تحديد " نقطة التركيز " centre de gravité للعلاقة القانونية محل الاعتبار (2).

و اذا كانت فكرة الاعتقاد المحتمل و اجبة الاستبعاد، فان فكرة الاعتقاد بدورها يتعين هجرها بكاملها، خاصة اذا لم يكن لمثل هذا الاعتقاد وجود واقعي. و لعل هذه الملاحظة هي التي جعلت الأستاذ :مايير يقرر أن ، "النزعة الموضوعية تتأكد تدريجيا ( se renforce progressivement ) كلما أصبحت العناصر الذاتية غير مؤكدة، و أن اللجوء الى النزعة الموضوعية قد

---

(1) H. Lewald, obligations en droit international privé allemand, Rép. dr. internat., sous la direction de la Pradelle et de Niboyet, tome X.

(2) R. 1958, P. 542, note Mezger.

يؤدي في نهاية الأمر الى استبعاد العناصر الذاتية بصفة كلية »(1). فمثل هذه الملاحظة ، ان دلت على شيء ، فانما تدل على أن فكرة الاعتقاد التي قال بها الأستاذ مايير لا تقوم على أساس سليم ، كما أنها تجعلنا نتحول من النزعة الذاتية الى اطار النزعة الموضوعية كلما أصبحت هذه العوامل غير مؤكدة ، وكان أولى به أن يعترف بأن اللجوء الى فكرة التركيز الموضوعي للعقد يصبح أمرا لا مفر منه اذا استحال استخلاص ارادة الأطراف المتعاقدة صراحة أو ضمنا .

هذا ، وما دمنا بصدد تحليل معطيات النزعة الذاتية المعتدلة ، فاننا نشير الى أن أنصار هذه النزعة وان كانوا ينطلقون أساسا من الفكرة القائلة باعطاء الأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون الذي يخضعونه لحكم عقدهم الدولي ، بدعوى أن العقد - متى ثبتت له الصفة الدولية - فانه لا يمكن الجزم بأن أحد قوانين الدول التي يرتبط بها يتمتع بقوة أكثر من غيره لحكم هذا العقد ، واذا كانوا يقررون أيضا أنه بامكان الأطراف المتعاقدة اختيار قانون قد

---

(1) أ/مايير ، المرجع السابق ، ط 1977 ، بند 674 ، ص 498 .

تنعدم كل علاقة له بالعقد المبرم واستبعاد القوانين الأخرى التي قد ترتبط به لسبب أو لآخر (1)، فان الكثير منهم يرى أن حرية الأطراف ليست مطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن قبيل ذلك، ما يقرره الفقهاء الفرنسيون من أن هناك قيودا أربعة ترد على الحرية المقررة للأطراف المتعاقدة، وهي قيود يمكن تلخيصها فيما يلي (2):

أولهما: انه يتعين استبعاد هذه الحرية بصدد العقود التي لا تتوافر

---

(1) أ/ماير، المرجع السابق، ط 1983، بند 687، ص 556.

وفي هذا الاتجاه أيضا: الاستاذة: فرانس ديبي جيرار- France DEBY-GERARD التي ذهبت في رسالتها الى تقديس ارادة الأطراف بحيث جعلت هذه الارادة حرة طليقة، لا يرد عليها أي قيد. (تراجع في ذلك رسالتها الآنفة الذكر، بند 311 ومابعده، ص 249 وما بعدها، وخاصة بند 314، ص 251).

كما أن المبدأ القاضي باعطاء الحرية المطلقة للأطراف قد لقي تأييد فقهاء آخرين نذكر منهم: ب لويس- ليكا، مقاله السابق، والاستاذ Lunz، مقاله المتعلق بمبادئ القانون المدني للاتحاد السوفياتي، المنشور بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1964، ص 638 والذي يرى أن وضع أي قيد للحد من حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق معناه الالغاء الكلي لحقهم في هذا الخيار.

كما يراجع كذلك: Ph. KAHN, la vente commerciale internationale, op. cit., PP 236-237.

كما أن هذا الاتجاه قد ظهر في بعض الأحكام القديمة لمحكمة النقض الفرنسية، يراجع في ذلك الحكمان الصادران عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخي: 1930/02/19 و 1931/01/27 واللذان تمت الاشارة اليهما بصفحة 19 من هذه الرسالة.

(2) يراجع في تحليل مفصل لذلك: ج - م، أوبير، المرجع السابق، بند 386 وما بعده، ص 258 وما بعدها.

بها الصفة الدولية فعلا ، ذلك لأنّ المقرر هو أن أطراف عقد داخلي لا تتوافر لهم مثل هذه الحـريـة (1).

وثانيهما : ان القانون الذى يختاره الطرفان يتعين استبعاده اذا ما تبين أن هذا القانون المختار يخالف النظام العام في دولة القاضي (2). فقواعد النظام العام تكون واجبة التطبيق في مثل هذه الحالة وتحول دون احترام ارادة الأطراف. كما أن القاضي يكون ملزما باثارة هذه القواعد من تلقاء نفسه حتى لو لم يتمسك بها أحد أطراف الخصومة .

وثالثهـا : انه يتعين استبعاد حرية الأطراف اذا ثبت أن اختيارهم لقانون ما قد تم بقصد التهرب من تطبيق القواعد الآمرة المكونة لما يسمى بالقوانين المتصلة ببوليس العقد ( Police du contrat ) (3).

ومن قبيل هذه الأحكام الآمرة تلك الأحكام المنظمة لعقد العمل كتحديد ساعات العمل الأسبوعية أو اليومية ، والحد الأدنى للأجر المضمون ، اذ أن

---

(1) في تحديد ماهية العقد الدولي ، يراجع ما سبق ص 5 وما بعدها من هذه الرسالة .

(2) Cohn, the objective practice ont the proper law of the contract, ICLQ, 1957, P. 389.

(3) يراجع في ذلك : Karl NEUHAYER, autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé, R. 1957 , P. 579; TOUBIANA (A), le domaine de la loi du contrat..., op. cit. N. 278 ,P. 252; AUDIT (B), la fraude à la loi, op. cit., N. 480, P. 376.

هذا ، واننا نشير بهذا الصدد الى أننا لا نؤيد ما ذهب اليه الأستاذ : برنار أودى في مؤلفه (المرجع والموضع السابقان ) من اعتبار قواعد البوليس ضربا من النظام العام، ذلك أن النظام العام يختلف عن قوانين البوليس سواء من حيث طريقة اعماله أو من حيث النتيجة المترتبة عليه . فهناك الكثير من القوانين الداخلية التي تعتبر من النظام العام كالقواعد القانونية المتعلقة بالنسب ، ومع ذلك لم يقل أحد باعتبارها من قبيل

-/-

هذه الأحكام تعتبر من النظام العام،ومن ثم لا يمكن الأطراف الاتفاق على ما يخالفها (1)، خاصة اذا ما تعلق الأمر بعقود يتم ابرامها طبقا لاتفاقية جماعية، اذ لا يتصور في مثل هذه الحالة اللجوء الى ابرام عقود خاصة ثم تنظيمها باتفاقات جماعية بالاستناد الى قانون أجنبي (2).

كما أن المقرر هو تطبيق هذا الحكم أيضا بصدد عقود التأمين المبرمة

---

-/- قوانين البوليس . كما أن النظام العام اذ يتدخل، فانما يكون لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت الى تطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية لكون هذا القانون يتنافى مع المعطيات الايديولوجية و الاخلاقية و الدينية و الاقتصادية لدولة القاضي، أما قوانين البوليس، فانها قوانين يلجأ الى تطبيقها بصفة أولية اذا ما كانت هذه القوانين واردة بقانون القاضي .

(1) باتيفول و لاجارد، المطول، ج : 2، المرجع السابق،بند 576، ص 277، و الأستاذ :برنار أودي، الغش نحو القانون، المرجع السابق بند 480، ص 376.

(2) يراجع في هذا المعنى : نقض مدني فرنسي، 29 ماي 1963،منشور بـ Clunet لعام 1964،ص 301،و ان كان هذا الحكم قد اعتمد الحل المذكور بالمتن بصفة ضمنية . و فيما يتعلق بتحديد مجال تطبيق الاتفاقيات الجماعية يراجع تحليل الأستاذ : G. LYON- CAEN و المنشور بـ: Clunet لسنة 1964،ص 247، و تعليقه على الحكم الصادر عن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض بتاريخ 1972/11/22 و المنشور بـ Clunet لعام 1973، ج :2،بند 17404.كما يراجع بصدد هذه المسألة مؤلف الأستاذ : CAMERLYNCKفي قانون العمل،ج : 7 ، الاتفاقات الجماعية، 1966، بند 204 و مابعده..

بفرنسا ، لأن عقد التأمين يستهدف أساسا حماية الطرف الضعيف وهو المستأمن ، مع رقابة نشاط شركات التأمين التي تمارس نشاطها بفرنسا (1) ، وهو الحكم الذي سبق للقضاء الفرنسي أن اعتمده أيضا ليس فقط بالنسبة الى عقود التأمين المتعلقة بالأشخاص بل حتى بالنسبة الى عقود التأمين التي تنصب على عقار موجود بفرنسا (2) .

وفضلا عن تدخل القانون الفرنسي في المجالات السابقة ، فان المقرر أن القانون الفرنسي هو الذي يحكم كل ما يتعلق بتحديد بدل الايجار متى كان هذا البدل متعلقا بعقار موجود بفرنسا أيا كانت طبيعة عقد الايجار ، تجاريا أو مدنيا ، كما أن الناقل البحري ملزم باحترام التعليمات الواردة بالقانون الفرنسي متى كانت عملية النقل مرتبطة بفرنسا ولذلك لأن المادة 16 من قانون 18 جوان 1966 المتعلق بعقد النقل البحري تقضي بتطبيق القانون الفرنسي وحده على كل عمليات النقل البحري متى كانت نقطة الانطلاق أو الوصول بفرنسا .

<u>ورابعها</u> : ان القانون المختار لا يكون واجب التطبيق اذا ما تبين أن اختيار هذا القانون كان نتيجة غش نحو القانون . فالمقرر لدى دعاة النزعة الذاتية عموما ، والنزعة الذاتية المعتدلة خصوصا ، أن اختيار قانون ما يجب أن يكون جديا ومنطويا على حسن نية (3) حتى لا يلجأ الأطراف الى

---

(1) باتيفول ولاجارد ، المطول ، ج : 2 ، بند 576 ، ص 277 ، وبند 587 ، ص 300 .

(2) يراجع في عرض هذه الأحكام : باتيفول ولاجارد ، المطول ، ج : 2 - المرجع السابق ، ص 302 هامش (10) .

(3) على سبيل المثال : MANN, the proper law of the contract, ILQ, 1957, N3, P66. حيث يقرر أن اختيار الطرفين يجب أن يكون حقيقيا ، ( real ) وعقلانيا ( geniune ) وأن يتم بحسن نية ( bona fide ) وأن يكون معقولا ( reasonable ) .

اجراء اختيار يحول دون تطبيق الأحكام الآمرة الواجبة التطبيق أصلا على العقد .

على أنه اذا كان الغش نحو القانون قد اعتمد كمبدأ عام (1) للحد من حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم فان بعض الفقهاء، من ذوي النزعة الذاتية ، قد حاولوا التضييق من مجال اعماله . وظهرت بهذا الصدد اتجاهات ثلاثة :

فأما الاتجاه الأول فيقرر أن اعتماد الغش نحو القانون ليس بذي أهمية واضحة ، اذ أنه لكي نكون بصدد غش فعلا ، فانه يتعين في اختيار الطرفين أن يكون نزويا ( capricieux ) (2) ، أي أن يكون اختيارهما غير عقلاني . وبما أن الواقع العملي أثبت ، أن هذا الاختيار سواء في أمريكا أو في بلدان أخرى ، هو دائما " اختيار عقلاني " فانه نادرا ما يتم تطبيق مبدأ الغش نحو القانون لتقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق (3) .

---

(1) ذلك أن بعض الفقه لا يعتمد مثل هذا القيد على ارادة الأطراف المتعاقدة في مجال العقود الدولية . ومن معارضي هذا القيد الأستاذة : ف.د يبي - جيرار ، فانها انطلاقا من اعطاء الأطراف المتعاقدة الحق المطلق في اختيار أي قانون لحكم العقد المبرم ، ترى أنه لا مجال لاعتماد الغش نحو القانون ، لأن هذه الوسيلة في نظرها تفترض أن القانون الواجب التطبيق قد تم تحديده بصفة موضوعية ، ولذلك فانها تؤثر اللجوء الى الدفع بالنظام العام (رسالتها السابق الاشارة اليها، بند 315، ص 252 ) وان لم تبين شروط تدخل هذا النظام العام وكيفية تدخله .

(2) MANN, the proper law of the contract, op. cit, P. 64.

(3) الأستاذ : "مان Mann " ، مقاله في القانون الخاص بالعقد ، المرجع السابق ، ص 64 .

على أن هذا الرأى منتقد . فـفكرة الاختيار غير النـزوى أو غيـر العقلاني ليس من شأنها أن تأتي بشيء جديد . وكدليل على ذلك نفترض أن الطرفين قد أبرما عقدا بانجلترا ، ليتم تنفيذه بها أيضا ، فاذا ما لجأ الطرفان الى اخضاع عقدهما للقانون الايطالي مثلا ، فان هذا الخيار قد يكشف عن اتجاه نيتهما الى اعتبار هذا القانون أكثر ملاءمة لحكم عقدهما . غير أنه اذا ما تبين أن أحد الطرفين أو كليهما قد استهدفا التهرب من تطبيق الأحكام الآمرة الواردة بالقانون الانجليزى ، فان المنطق يقتضي ابطال هذا الخيار. ان هذا المثال يكشف عن أن اختيار الأطراف قد لا يكون عقلانيا في كل الأحوال ، و من ثم يتعين الابقاء على الغش نحو القانون .

و أما الاتجاه الثاني فيرى أن الأسباب التي قد تدعو الأطراف الى تطبيق قانون لا علاقة له بالعقد المبرم بينهما ، قد ترجع أساسا الى نية هوى لا الأطراف في الافلات و التهرب من القوانين المتعلقة بالرقابة الاقتصادية و الرقابة على الصرف. و مثل هذا التهرب يتعين اعتماده ، و لذلك فانه يجب احترام ارادة الأطراف ، أيا كانت النتيجة المترتبة على ذلك (1).

على أن هذا الرأى لا يخلو بدوره من النقد . فهو يتناقض مع المبدأ العام الذى يتطلب احترام كل القواعد الأساسية المتعلقة بتنظيم الدولة ، خاصة اذا ما تعلق الأمر بقواعد سارية في دولة القاضي . كما أن هذا الرأى لا يمكن تطبيقه اذا ما لاحظنا أن قواعد البوليس السارية بدولة القاضي تطبق بصفة أولية ، أى أنها تكون واجبة التطبيق قبل البحث عما اذا كانت العلاقة

---

(1) COHN, the objective practice of the proper law of the contract, ICLQ , 1957 , N° 6 , P. 389.

موضوع النزاع ستخضع لقانون القاضي أو لقانون أجنبي . والى جانب ذلك، فانه لا يتماشى مع ما درج عليه العمل حاليا من ضرورة مراعاة كل القوانين المتعلقة بالبوليس وخاصة اذا كانت تدخل ضمن قواعد البوليس الاقتصادي، يستوى في ذلك أن تكون هذه القوانين وطنية أو أجنبية (1). وكدليل على ذلك، نشير الى أن القضاء الفرنسي قد عمد الى تطبيق قانون أجنبي على الرغم من أن هذا القانون يدخل ضمن قوانين البوليس ، وذلك بمقتضى حكم ROYAL DEUTCH الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ : 1966/01/25 (2). فقد لجأت محكمة النقض الفرنسية بمقتضى هذا الحكم الى تطبيق أحكام واردة بالقانون الهولندي على الرغم من أن هذه الأحكام تدخل في نطاق قانون البوليس ، وان كانت محكمة النقض الفرنسية لم تصرح في هذا الحكم بأنها قد طبقت أحكام هذا القانون بصفتها بوليسية ، بل أشارت الى أنها تطبقها باعتبارها مجرد أحكام قانونية متعلقة بالشركات .

في حين أن الاتجاه الثالث يرى أنه يتعين استبعاد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ، وتطبيق قانون الدولة التي يرتبط بها العقد ارتباطا وثيقا . على أن الأستاذ .ماير القائل بهذا الرأى (3) يرى أنه لا يكفي للقول بتوافر الغش نحو القانون أن يكون الطرفان قد حققا الهدف غير

---

(1) في تفاصيل ذلك: باتيفول ولاجارد ، المطول ، ج 1 طبعة 1981، بند 251، ص 298 وما بعدها ، لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، بند 133، ص 164 وما بعدها .

(2) والمنشور بدللوز لعام 1966، ص 390 مع تعليق الأستاذ :لوسوان وبـ Clunet لعام 1966 ص 631 مع تعليق الأستاذ :برودان ، وبالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1966 ص 238 مع تعليق الأستاذ : فرانسيسكاكيس Francescakis .

(3) يراجع مؤلفه في القانون الدولي الخاص ، ط 1983، المرجع السابق ، بند 692، ص 561.

المشروع،أي أن تكون نيتهما قد اتجهت الى ذلك،وأن تكون هذه النية هي السبب الذي دفعهما الى اختيار قانون ما دون قانون آخر، ومثل هذا الأمر يتم التأكد منه اذا لم يستطع الطرفان تقديم أي سبب جدي أو اظهار السبب الذي حدا بهما الى اختيار قانون ليس له أدنى ارتباط موضوعي بالعملية القانونية التي استهدف الطرفان تحقيقها من وراء عقدهما (1).

على أن هذا الرأي،كما يلاحظ من خلال مضمونه يوردّ قيودا على النزعة الذاتية تجعلها تقترب الى حد بعيد من النزعة الموضوعية. فهذا الاتجاه، باقراره لمبدأ منح الأطراف من اختيار قانون لا يرتبط بعقدهما، على أساس أن مثل هذا الخيار ينطوي على فكرة الغش نحو القانون الواجب التطبيق، ويتطلبه ضرورة توافر صلة بين العقد المبرم والقانون المختار،يكون قد وضع شروطا لا تقرها النزعة الذاتية في معطياتها الأولية.

وبدراستنا للغش نحو القانون كأحد القيود الأربعة الواردة على ارادة الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق، طبقا لما استقر عليه الوضع لدى الفقهاء الفرنسيين الذين أيدوا النزعة الذاتية، نكون قد انتهينا من تحليل الاتجاهات المختلفة التي ظهرت في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

وعلينا أن نبحث الآن في مدى تأثر الأنظمة القانونية المختلفة بهذه الاتجاهات المذهبية.

---

(1) الأستاذ : مايير، المرجع والموضع السابقان.

## المطلب الثاني

### مدى تأثر الأنظمة القانونية المختلفة بالاتجاهات المذهبية المعتمدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي :

لتحديد مدى تأثر الأنظمة القانونية المقارنة بالنزعتين الذاتية والموضوعية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، ارتأينا اجراء هذا التحديد على ضوء مختلف النظم القانونية ، نبدؤها بالنظام اللاتيني - الجرماني ، ونتلوها بالنظام الانجلسكسوني ، فالنظام المقرر في دول أوربا الشرقية ، لنحلل بعد ذلك أحكام القانون الجزائري .

على أننا نشير بداءة الى أنه ، ونحن بصدد تحليلنا لمختلف النظم القانونية ، سنقتصر على اعتماد بعض الأنظمة القانونية، وسنقصر تحليلاتنا على الأنظمة البارزة في كل منها .

### الفرع الأول

### وضع المسألة في ظل النظام اللاتيني - الجرماني

وسنتعرض للأنظمة القانونية الأربعة التالية : النظام الفرنسي ، فالنظام الاسباني ، ثم السويسري ، وأخيرا النظام الألماني .

**أولا : في ظل النظام القانوني الفرنسي :**

ان دراسة الأحكام القضائية الفرنسية الصادرة بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد تكشف عن أن القضاء الفرنسي قد عرف تطورا بهذا الصدد .

فقد صدرت أحكام يستفاد منها اعتماد هذا القضاء لنظرية ادماج القانون المختار في العقد . بينما هناك أحكام أخرى اعتمدت نظرية تركيز العقد ، وان كانت قد أوردت قيوداً بهذا الصدد على النزعة الموضوعية في معطياتها الاصلية .

1 ) اعتماد مبدأ ادماج القانون المختار في العقد :

لقد اعتمد هذا المبدأ بتاريخ 5 ديسمبر 1910 (1) ، اذ قررت محكمة النقض الفرنسية حينذاك أن " القانون الواجب التطبيق على العقد سواء فيما يتعلق بتكوينه أو فيما يتعلق بآثاره و شروطه ، هو القانون الذي يعتمده أطراف التعاقد ، و أنه اذا تعلق الأمر بمتعاقدين مختلفي الجنسية ، فان قانون مكان ابرام العقد هو الأجدر بالتطبيق . غير أن اعتماد هذا القانون ( أي قانون محل الابرام ) يبقى مرهونا بعدم اتفاق الطرفين على خلاف ذلك ، و أن ارادة الطرفين قد تكون صريحة ، كما أنه يمكن استخلاصها من وقائع و ظروف الحال و من بنود العقد " (2) .

---

(1) Arrêt American Trading Compagny C/ Quebec Steamship, 05 Décembre 1910, R. 1911, P. 395; S. 1911.1.129, note Lyon Caën ; Clunet 1912, P. 1156 .

(2) " La loi applicable au contrat, s dit en ce qui concerne leur for- formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ônt adoptées: que si entre personnes de nationalités différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu est en principe celle à laquelle il faut s'attacher, ce n'est donc qu'autant que les contractants n'ont pas manifesté une volonté contraire; que non seulement cette volonté peut être expresse, mais qu'elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat."

ان المبدأ القانوني الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم يفيد أنه يتعين اعطاء ارادة الأطراف دورا هاما في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، بحيث أنه اذا لم تكن هذه الارادة صريحة فانه يتعين الرجوع الى الارادة الضمنية للأطراف.

على أنه ، وان كان هذا الحكم لا يمانع في اخضاع العقد لقانون الارادة ، فانه يثير بعض اللبس، فهو باستخدامه عبارة " القانون الذي يعتمده الأطراف " قد يفيد تبني محكمة النقض الفرنسية لفكرة " العقد المتجرد من كل قانون " . وفي هذا الصدد تقرر الأستاذة : ف.ديبي - جيرار (1) أن هذا الحكم يفيد أن محكمة النقض الفرنسية قد أعطت الأهمية القصوى لبنود العقد المتفق عليها ، وأن القانون المختار اذ يتدخل فانما ينحصر تدخله في المسائل التي سكت العقد عن تنظيمها فقط، أي أن قانون الارادة يلعب دورا ثانويا فقط.

هذا ، وتحليل الأحكام السابقة الصادرة عن القضاء الفرنسي قبل سنة 1951 يكشف عن أن هذا القضاء كان يتجه نحو تبني النظرية القائلة بادماج القانون المختار ضمن بنود العقد ، وهو ما يترتب عليه اعطاء الأطراف حق اختيار أي قانون حتى لو لم تكن لهذا القانون أية علاقة بعقدهما ، والسماح لهم بتقييد تطبيق القانون المختار بشروط معينة كعدم تطبيق التعديلات المستقبلة التي قد تطرأ على القانون المختار. وقد تقرر هذا المبدأ بمقتضى الحكم الصادر عن

---

(1) يراجع الأستاذة : فرانس ديبي جيرار France DEBY-GERARD في رسالتها دور قاعدة الاسناد ، المرجع السابق ، بند 291 ، ص 233 .
كما يراجع في هذا المنحى ، ج . م . جاكي ، المرجع السابق ، بند 26 وما بعده ، ص 24 وما بعدها .

محكمة النقض الفرنسية بتاريخ : 15/05/1935 (1)، كما اعتمد في ظل حكم الارساليات البحرية الصادر في : 21/06/1950 و السابق الاشارة اليه (2).

فقد قررت محكمة النقض الفرنسية بموجب هذا الحكم الأخير استبعاد الشرط القاضي بالوفاء بقيمة الدولار الكندي حسب قيمته الذهبية بتاريخ : 01/05/1927 الذي أصبح محظورا بكندا بقانون صدر في : 10/04/1937. و قد بررت المحكمة حكمها بكون القانون الفرنسي الصادر في 25/06/1928 يجيز ادراج مثل هذا الشرط في اطار عمليات الوفاء الدولي و أن القانون الكندي الذي يحظر مثل هذا الوفاء يصبح متعارضا مع النظام العام الفرنسي ، فأوردت بهذا الصدد ما يلي : " انه من حق الأطراف في مثل هذا العقد (أي عقد القرض الدولي ) أن يوردوا شرط الوفاء بالذهب و لو كان مثل هذا الشرط يتعارض مع القواعد الآمرة المنصوص عليها في قانون العقد، لأن هذا الشرط مجاز في ظل القانون الفرنسي الصادر بتاريخ : 25/06/1928 و لأنه يتماشى مع المفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي " (3).

و الواقع هو أن هذا الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية يمكن تفسيره بوسيلتين (4). فقد يدعو الى الاعتقاد بأن هذه المحكمة قد اعتمدت منهج التنازع فحددت قانون العقد بالقانون الكندي، ثم لجأت الى استبعاده لكونه يتعارض مع النظام العام الفرنسي .

---

(1) يراجع ما سبق ص 84 من هذه الرسالة .

(2) يراجع ما سبق ص 61 من هذه الرسالة .

(3) و قد تمت صياغة ذلك كما يلي : "... Il appartient aux parties , en un tel contrat de convenir, même contrairement aux règles impératives de la loi interne appelée à régir leurs conventions, une clause valeur-or, dont la loi française du 25/06/1928 reconnaît la validité en conformité avec la notion française de l'ordre public international."

(4) يراجع في ذلك الاستاذ : ج . م . جاكي ، المرجع السابق، بند 68 و مابعده ، ص 55 و ما بعدها .

كما أنه قد يدعو الى الاعتقاد بأن محكمة النقض قد تبنت ، دون أن تصرح بذلك ، نظرية ادماج القانون المختار في العقد المبرم من اعتمادها طريقا ملتويا للتوصل الى هذه الغاية ، وجعلت بذلك من القانون الكندي مجرد بند تعاقدي . ومما قد يدعو الى مثل هذا الاعتقاد هو ما أوردته هذه المحكمة نفسها بقولها : " أنه يتضح من ملاحظات قضاة الموضوع أن الأطراف المتعاقدة قد . . . قررت مسبقا استبعاد تطبيق الأحكام التشريعية التي تؤدي الى انقاص قيمة الدين من نطاق اتفاقاتها ، وأن التفسير المعطى ( بهذا الخصوص ) من طرف قضاة الموضوع يجب تأييده ، لأنه يقوم على التفسير الذي أعطته هذه الأطراف لاتفاقاتها " (1).

ان تحليل هذه الفقرة يكشف عن أن محكمة النقض الفرنسية قد لجأت الى استبعاد التعديلات التشريعية التي لحقت القانون الكندي منذ 1937 بشأن شرط الوفاء بالذهب ، وعمدت - من ثمّ - الى اخضاع عقد القرض المبرم لقانون ملغى (2) وهو أمر يمكن القول معه بأن محكمة النقض الفرنسية قد طبقت نظرية ادماج القانون المختار في العقد المبرم وان لم تصرح بذلك (3).

كما أن تطبيق القضاء الفرنسي لنظرية ادماج القانون المختار ضمن بنود العقد من شأنه أن يؤدي الى اعطاء أطراف العقد الحق في تطبيق بعض أحكام القانون المختار فقط مع استبعاد أحكامه الأخرى السارية المفعول وقت ابرام

---

(1) وقد تمت صياغة ذلك كما يلي : " ... ( les contractants ) avaient , par avance, entendu soustraire leurs conventions à toutes mesures législatives susceptibles de diminuer le montant de la dette... et que cette interprétation donnée par les juges du fond doit être approuvée puisqu'elle se fonde sur celle que les parties ont donnée à leurs conventions."

(2) H. Batiffol, contrats et conventions, in Rép. Dalloz dr. int. N. 37.

(3) في هذا المعنى : أ/ج .م. جاكي ، المرجع السابق ، بند 80 ، ص 63.

العقد ، خاصة اذا تعلق الأمر بأحكام ورادة بهذا القانون يؤدى تطبيقها الى بطلان العقد المبرم ، وهو ما يمكن استخلاصه أيضا من تحليل حكم : " American trading Co..... " الذى صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ : 1910/12/05 السابق الذكر (1) ،اذ عمدت هذه المحكمة الى اعتبار شرط اعفاء المجهز من المسئولية المترتبة على كل خلل قد يرتكبه الربان صحيحا طبقا للقانون الفرنسي باعتباره قانون بلد التنفيذ بالرغم من أن هذا الشرط يعتبر باطلا طبقا للقانون الأمريكي الذى كان من المقرر أن يحكم العقد بكامله باعتباره قانون محل الابرام . وقد أوردت محكمة النقض الفرنسية بهذا الصدد ما يلي : " حيث أن القانون الذى يحكم العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بآثارها و شروطها ،هو القانون الذى تبنته الأطراف المتعاقدة ،وأنه اذا تعلق الأمر بمتعاقدين مختلفي الجنسية فان قانون بلد الابرام هو الذى يتعين تطبيقه . . . "وأضافت ( وهو ما يهمنا بهذا الخصوص) بأن شركة Quebec steamship باعطائها موافقتها على شرط عدم مسئولية المجهز" لم تكن تجهل أن هذا الشرط كان سينفذ بالاقليم الفرنسي حيث يعتبر مشروعا . . . " (2) لتتوصل الى تطبيق القانون الفرنسي الذى يجيز شرط عدم مسئولية المجهز ولتستبعد تطبيق القانون الأمريكي الواجب التطبيق أصلا لكونه يبطل هذا الشرط .

---

(1) يراجع ما سبق ص 61 ،هامش (1) من هذه الرسالة .

(2) وقد صيغ ذلك على النسق التالي : " Attendu... que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée, (qu')entre personnes de nationalité différente, la loi du lieu où le contrat est intervenu est, en principe, celle à laquelle il faut s'attacher...et que le Quebec Steamship n'ignorait pas que cette clause devait être exécutée sur le territoire français où elle est considérée comme licite..."

وأخيراً فان القضاء الفرنسي كان يتجه في بعض أحكامه الى اعطاء الأطراف الحق في عدم اخضاع عقدهم لأي قانون . وقد اعتمدت محكمة استئناف باريس هذا المنحى في الحكم الصادر عنها في قضية الارساليات البحرية بتاريخ : 1940/04/24 (1) اذ قررت هذه المحكمة " أن شركة الخدمات المتعلقة بالارساليات البحرية قد أخطأت بادعائها بضرورة اخضاع العقد لقانون دولة ما . . . لأنه في اطار الوفاء الدولي تعتبر الاتفاقات التي تتضمن شرط الوفاء بالذهب شريعة المتعاقدين" (2) ، وان كان يلاحظ أن هذه النتيجة الأخيرة قد استبعدتها محكمة النقض الفرنسية بمقتضى الحكم الصادر عنها في قضية الارساليات البحرية اذ أكدت المبدأ العام السابق الاشارة اليه وهو أن " كل عقد يرتبط بالضرورة بقانون دولة معينة " .

2 ) تبني القضاء الفرنسي لفكرة تركيز العقد :

يكشف تحليل أحكام القضاء الفرنسي الصادرة منذ 1951 على اعتماد هذا القضاء لفكرة تركيز العقد ابتداء من 1952 . ودليل ذلك الحكم الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ : 24 أبريل 1952 (3) الذي أيدت بموجبه محكمة الاستئناف بقيامها " بالبحث عن نية الأطراف

---

(1) Paris 24/04/1940, S. 1942.2.29n , note Niboyet.

(2) "( la société) des services contractuels des Messageries Maritimes est mal fondée à prétendre que le contrat devrait être nécessairement rattaché à la législation d'un pays déterminé ...(et qu')en effet... en matière de règlement international les conventions d'où résulte stipulation d'un paiement en or font la loi des parties..."

(3) R. 1952. 502, note Motulsky; S. 1952.1.185, note H. Batiffol.

فيمـا يتعلـق بتركـيز العقـد " .

وتتلخص الوقائع التي أدت الى صدور هذا الحكم في أنه أبرم عقد بين شركتين يوجد مقرهما الرئيسي معا بفرنسا ،يتمثل موضوعـه في بيع عـقـار بالسنغال مقابل ثمن محدد بـ 5 ملايين فرنك فرنسي قديم . غير أنه بـين تاريخ ابرام العقد وبين التاريخ الذى أصبح فيه الثمن مستحق الأداء حصل تغيير بمقتضاه أصبحت الـ 100 فرنك المستعملة بالمستعمرات الفرنسية بأفريقيا ( colonies françaises d'Afrique " CFA " ) تعادل 170 فـرنكـا كما هو معمول به فيما كان يدعي " بالدولة الأم " ( métropole ) ، وترتب على ذلك أن أثير تساؤل بصدد مقدار الثمن الذى كان يتعين عـلى المشترى الوفاء بـه . ذلك أن المشترى أنبأ عن استعداده لدفع مبلـغ 5 ملايين فرنك بالقيمة المعمول بها في "الدولة الأم" ، في حين أن البـائع طالبه بمبلغ 5 ملايين فرنك فرنسية بالعملة المعمول بها في المستعمرات الفرنسية أو 9 ملايين فرنك فرنسية المعمول بها في الدولة الأم .

ولحل هذا الاشكال ،فان محكمة استئناف ايكس - أون - بروفونس Cour d'Appel d'Aix- En - Provence ارتأت أن ذلك يتم بالبحث في طبيعة العملية المبرمة لتحديد ما اذا كان يتعين تطبيق القانون المـالـي الافريقي أو اللجوء الى اعتماد أحكام القانون الفرنسي بهذا الخصوص . ونظرا لأن ارادة الطرفين في هذه المنازعـة لم تبين القانون الواجب اعتماده - لأن القانون الذى كان مطبقا وتمت اجراء المعاملة بافريقيا هو نفس القانون الذى كان ساري المفعول بفرنسـا - فان محكمة الاستئناف عمدت الـى

تركيز عقد البيع المبرم ، فركزته بافريقيا على أساس أن ارادة الطرفين المتعاقدين قد اتجهت الى اعتبار العملية " عملية أفريقية ".و قد استندت المحكمة في ذلك الى أنه كان من المتفق عليه أن يتم الوفاء بواسطة بنك أفريقي ،وكان من المقرر أن يلجأ البائع الى استثمار الثمن المدفوع لشراء عقار آخر بافريقيا أيضا ، وبناء على ذلك ألزمت المشترى بالوفاء بقيمة الفرنك الافريقي ،و هو ما أيدتها فيه محكمة النقض .

على أن فكرة تركيز العقد قد اتضحت معطياتها لدى القضاء الفرنسي ابتداء من 1959، اذ أقام هذا القضاء تفرقة بين فرضين : أولهما أن يتم التعبير عن القانون الواجب التطبيق صراحة ، و هنا يتعين اعتماد هذا القانون ، وثانيهما : أن يسكت الطرفان عن تحديد هذا القانون،و هنا يتم الرجوع الى فكرة تركيز العقد و استبعاد فكرة البحث عن الارادة المفترضة التي أثبتت الناحية العملية أنها مجرد حيلة يلجأ اليها و أنه لا وجود لها من الناحية الواقعية .

هذا ، و قد اعتمد هذا المبدأ بتاريخ 1959/07/06 (1) في الحكم الصادر في قضية " فورير رينيل ضد علوش Fourrures Rénel C/ Allouche " الذى أوضح " أن القانون الواجب التطبيق على العقد سواء فيما يتعلق بنشأته أو بشروطه أو بآثاره يخضع للقانون الذى تتبناه الأطراف المتعاقدة ، و أنه في حالة عدم تحديدهم لهذا القانون صراحة ،يتعين على القضاة البحث عن القانون الذى يجب أن يحكم علاقة الأطراف المتعاقدة،

---

(1) R. 1959. 708, note H. Batiffol.

مستندين في ذلك الى الهدف الاقتصادي المبتغى تحقيقه من وراء ابرام هذا العقد وظروف الحال" (1).

نعم ان تحليل هذا الحكم قد يدعو الى القول بأن محكمة النقض الفرنسية قد تأثرت في شطره الأول بنظرية ادماج القانون المختار ضمن بنود العقد . ومما قد يدعو الى هذا الاعتقاد هو استخدام هذه المحكمة لعبارة "القانون الذي تتبناه الأطراف المتعاقدة" .

على أننا نشير بهذا الصدد الى أن مثل هذا المنحى لم يعد هناك أي مسوغ للقول به لدى محكمة النقض الفرنسية ، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية صراحة ، بعد حكم ( les messageries maritimes ) السابق الاشارة اليه (2) ، بموجب الحكم الصادر عن غرفتها المدنية بتاريخ 28 جوان 1966 في قضية "شركة قامسيتز ضد روسي ( Gamsetz C/ Rousset )" (3)، اذ أوضحت بموجبه أن القانون الذي يحكم العقد الدولي لا يفقد عند تطبيقه صفته كقانون ولا يتحول اطلاقا الى مجرد بند تعاقدي .

على أننا اذا وضعنا جانبا الشطر الأول من هذا الحكم ، فان شطره الثاني ، وهو الذي يهمنا في هذا الصدد ، يدل على اعتماد محكمة النقض الفرنسية لفكرة " تركيز العقد " وان لم تستخدم هذا الاصطلاح صراحة .

---

(1) " La loi applicable aux contrats, en ce qui concerne leur formation , leurs conditions ou leurs effets, est celle que les parties ont adoptée; à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux Juges de fond de rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants."

(2) يراجع ما سبق ص 61 من هذه الرسالة .

(3) المنشور بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1967 ، ص 334 مع تعليق العميد هنري باتيفول .

ومثل هذا المنحى الذى تبنـته محكمة النقض الفرنسية في حكم " فور بو رينيل " قد تأكد لدى قضاة الموضوع أيضا . وفي هذا الاطار نشير الى الحكم الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة استئناف أميان Amiens بتاريخ : 25 ماى 1970 ، بصدد أثر استقلال الجزائر على العقود المبرمة بالجزائر قبل الاستقلال ، الذى قررت هذه المحكمة بموجبه أنه "في حالة عدم التعبير صراحة عن القانون المختار لحكم العقد ، فان قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة البحث عن العناصر الأساسية لتحديد القانون الذى اتجهت ارادة الأطراف الى اعتماده لحكم الشروط الموضوعية للعقد وآثاره . . . " (1)

واعمالا لهذا المبدأ توصلت هذه المحكمة الى القول بوجوب تطبيق القانون الجزائرى " لحكم الالتزام " . وهي اذ قررت تطبيق القانون الجزائرى استندت الى حجة مؤداها "أن القوانين الجزائرية المتعلقة بالتأميم ، بصفتها قوانين محلية آمرة ، قد قلبت اقتصاديات الاتفاقات المبرمة قبل صدورها . وبما أن هذه الاتفاقات تتركز من الناحية الموضوعية بالجزائر ، فانها تخضع للقوانين الصادرة عن هذه الدولة " (2) .

على أن هذه الأحكام ، التي أشرنا اليها ، كما يتضح من صياغتها ، فانها فضلا عن عدم استخدامها صراحة لعبارة " تركيز العقد " ، فانها لم ترخص للقضاة اجراء هذا التركيز الا في الحالة التي لا يتم فيها التعبير صراحة عن

---

( 1 ) " A défaut de choix expres par les parties, de la loi applicable à leur convention, il appartient aux juges de fond de rechercher en fonction des éléments essentials de l'espèce à quelle loi elles ont entendu soumettre les conditions de fond et les effets de leur contrat."

( 2 ) Clunet 1971, P. 86, note signée J.D.I.

القانون المختار لحكم العقد المبرم . وهو ما قد يوحي بأن فكرة التركيز ليست سوى مرادف لعبارة " الارادة الضمنية ( volonté implicite )".

ولعل هذا السبب هو الذي جعل بعض الفقه كالاستاذ :فانسان دولابورت ( Vincent Delaporte ) يقرر(1) أن التفرقة التي تقيمها الأحكام المختلفة الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي بين حالتي التعبير الصريح عن الارادة ، وتخلف مثل هذا التعبير، هي مجرد تفرقة في الصياغة المعتمدة ذلك أن العناصر التي تؤدي الى تركيز العقد هي ذاتها التي تؤدي عموما الى استخلاص الارادة الضمنية للأطراف المتعاقدة" (2).

واذا كانت الكثير من الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي قد تبنت فكرة "تركيز العقد " دون استخدامها لهذا التعبير صراحة ، فانه تجدر الاشارة الى أن محكمة النقض الفرنسية سرعان ما خرجت عن هذا السياق بموجب الحكم الصادر عنها بتاريخ : 1971/06/29 (3) حيث استخدمت فيه صراحة هذا التعبير بقولها :"(ان من حق قضاة الموضوع أن يقدروا بكل حرية ) الظروف التي تسمح لهم بتركيز العقد و التي يمكنهم الاستناد اليها لتحديد القانون

---

(1) R. 1978 . 693.

(2) ويمكن أن نجد تطبيقا لهذا الرأي لدى القضاء البلجيكي .فقد أوضحت محكمة النقض البلجيكية أن ما يعتبر من "قبيل التركيز الموضوعي " للعقد ليس في حقيقته سوى بحث عن العناصر التي تسمح باستخلاص ارادة الأطراف المتعاقدة وقت ابرام العقد " (يراجع في ذلك الحكم الصادر عن محكمة النقض البلجيكية بتاريخ : 1974/12/24 و المنشور بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1976 ،ص 660 مع تعليق الأستاذ : جوطو ( Gothot ).

(3) Cass. civ., 1ère, 29 Juin 1971, Nasser C/ Banque Commerciale africaine, Clunet 1972. 51, note H. Batiffol.

الواجب التطبيق"(1)، وأن محكمة النقض الفرنسية لم تقف عند مستوى استخدام هذا الاصطلاح" أي "تركيز العقد"، بل انها تولت بيان سلطات القضاة بهذا الخصوص بمقتضى الحكم الصادر عن غرفتها المدنية الأولى بتاريخ 25 مارس 1980 (2) الذي يعتبر ذا أهمية بالغة، ولذلك آثرنا الوقوف عند معطياته وتحليل الأحكام الواردة بها.

وتتلخص الوقائع التي أدت الى صدور هذا الحكم في أنه أبرم عقد تمثيل تجاري بين شخص فرنسي الجنسية يدعى شافال ( Chavalle ) وشركة بلجيكية تدعى ميركاتور برس( Mercator- press ) بمقتضاه كان "شافال" يمثل مصالح الشركة البلجيكية بفرنسا. ثم عمدت الشركة الى تسريحه، فرفع دعوى أمام القضاء الفرنسي يطالب بموجبها الحكم له بالتعويض المقرر للممثلين التجاريين طبقا للقانون الفرنسي. غير أن الشركة البلجيكية دفعت بأن القانون البلجيكي هو الواجب التطبيق على العقد الذي أبرمته مع شافال، وأن هذا القانون لا يقر مثل هذا التعويض، ولذلك فانها دفعت بعدم قبول طلب شافال.

ولما عرض النزاع على محكمة استئناف دوي ( Cour d'appel de Douai )، قررت بمقتضى حكمها الصادر بتاريخ : 9 جوان 1978 تطبيق أحكام القانون الفرنسي على العقد المتنازع بشأنه، ومن ثم أقرت لـ"شافال" بالحق في الحصول

---

(1) "... les circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat, d'où ils déduisent la loi applicable."

(2) R. 1980. 576, note H. Batiffol; Clunet 1960.650, note Ph. Kahn, Clunet 1984. 594, note sous tribunal de grande instance de Paris, 1ère chambre, 3 Février 1982.

على التعويض المقرر للممثلين التجاريين ، مستندة الى أن فرنسا هي التي يتركز بها العقد المتنازع عليه، اذ أن هذا العقد قد أبرم بها ، كما أنه تم دفع العملة المستحقة لشافال بفرنسا أيضا .

وحينئذ لجأت الشركة البلجيكية الى الطعن بالنقض في هذا الحكم مستندة في طعنها الى أنه " ليس بمستطاع محكمة الاستئناف، الاستناد الى فكرة تركيز العقد للقول بتطبيق قانون الدولة التي تم فيها قبول شروط العقد من طرف الممثل التجارى والتي تلقى فيها هذا الاخير العمولة المستحقة له ، (وهما عنصران يؤديان الى اخضاع العقد المبرم للقانون الفرنسي - كما رأينا - باعتباره قانون الدولة التي يتركز فيها هذان العنصران ) وأنه كان يتعين على قضاة الاستئناف ... البحث عن القانون الذى اتجهت ارادة الطرفين المتعاقدين الى الخضوع له وقت ابرام العقد " .

غير أن محكمة النقض استبعدت وجه الطعن المثار أمامها مقررة في هذا الصدد ما يلي : " انه اذا كانت عملية تركيز العقد تتوقف على ارادة الاطراف المتعاقدة ، فان للقاضي ، بمقتضى السلطة المطلقة المقررة له بهذا الصدد - وبعد تفسيره للارادة المشتركة للاطراف المتعاقدة فيما يتعلق بعملية التركيز هذه ، أن يستخلص من هذه الاخيرة (أى من عملية التركيز ) القانون الواجب التطبيق على العقد المتنازع عليه ".(1)

---

(1) " Si la localisation du contrat dépend de la volonté des parties, c'est au juge qu'il appartient , après avoir interprété souverainement leur commune intention quant à cette localisation, de déduire de celle- ci la loi applicable au contrat litigieux."

ان هذا الحكم ،على عكس الأحكام السابقة عليه ، يكشف عن أن هناك اختلافا جوهريا بين فكرتي "تركيز العقد" و "البحث عن الارادة الضمنية للأطراف المتعاقدة". نعم، انه لو وقفنا عند العنصرين المعتمدين ، وهما مكان ابرام العقد ومكان الوفاء للممثل التجارى شافال بعمولته لأمكننا القول أنه لا وجود لأى فرق بين فكرتي تركيز العقد والارادة الضمنية ، لأن كليهما كان سيؤدى الى اخضاع العقد المبرم لأحكام القانون الفرنسي .

على أنه اذا لاحظنا أن العقد قد حررت بنوده من قبل الشركة البلجيكية وحدها ، وأن مكان اعلان القبول قد حصل ببلجيكا حيث يوجد مقر الشركة ، وأن بنود العقد كانت مماثلة لتلك البنود الواردة بالعقود التي أبرمتها الشركة مير كاتور - بريس مع ممثليها ببلجيكا ، وأنه كان من المتفق عليه في الأصل أن يتلقى شافال عمولته بالفرنك البلجيكي ، لأمكننا القول بأن الارادة الضمنية للطرفين المتعاقدين قد اتجهت الى تطبيق القانون البلجيكي ، في حين أن اعتماد فكرة التركيز الموضوعي للعقد تؤدى حتما الى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الدولة التي تم تنفيذ العقد المبرم بها (1) .

على أنه اذا كان حكم 25 مارس 1980 واضحا في أن هناك فرقا بين الارادة الضمنية وتركيز العقد ، وأن الارادة الضمنية - بما تنطوى عليه من عناصر - تساعد القاضي على التوصل الى تركيز العقد المتنازع بشأنه للتوصل من ثم

---

(1) يراجع في هذا التحليل : ملاحظات العميد باتيفول المنشورة بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1980 ، ص 580 بصدد تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية الآنف الذكر ، والصادر بتاريخ : 1980/03/25 .

الى تحديد القانون الواجب التطبيق عليه ، فان لنا أن نتساءل الآن عما اذا كان مثل هذا القول يصدق أيضا بالنسبة الى الحالة التي يعبر فيها طرفا العقد صراحة عن القانون الذي يحكم عقدهما .

و اذا رجعنا الى آراء الفقه الفرنسي لتبين لنا أنه اعتمد في ذلك منحيين .

فأما المنحى الأول : فيذهب الى رفض كل تدخل للقضاء لمراقبة الاختيار الصريح الذي يجريه أطراف التعاقد . و من قبيل ذلك ، يمكن أن نذكر ما ذهبت اليه الأستاذة : ف. ديبي .جيبوار (1) ،من أن القاضي يكون ملزما باحترام مثل هذا الخيار ، لأن ذلك يعتبر في نظرها قاعدة مادية للقانون الدولي الخاص المتعلق بالعقود الدولية .

في حين أن المنحى الثاني ، و الذي يتزعمه العميد باتيفول ، يرى أن القاضي يلعب دورا مهما حتى في حالة الخيار الصريح الذي قد يجريه طرفا العقد ،بدعوى أن " دور طرفي العقد يتوقف عند حد تركيز العقد ، و أن القاضي هو الذي يستخلص من عملية التركيز القانون الواجب التطبيق " (2) .

على أنه و ان كان هناك جدل فقهي لا يزال قائما من الناحية النظرية بصدد العلاقة بين فكرة تركيز العقد و التعبير الصريح عن القانون المختار ،فان الاتجاهين يلتقيان من الناحية العملية . ذلك أنه اذا كان العميد باتيفول قد استهدف أساسا من خلال تركيز العقد تأكيد فكرة الارتباط بين العقد المبرم و القانون الذي تم اختياره لحكم هذا العقد ،فان دعاة المنحى الأول يوردون قيدا هاما

---

(1) في رسالتها "دور قاعدة الاسناد . . . ، المرجع السابق ، البندان 319 و 320 ، ص 255.

(2) يراجع ماسبق ص 92 من هذه الرسالة ، والمطول ،ج 2 - بند 573 ، ص 268 وما بعدها .

على ارادة الاطراف المتعاقدة يضيق من نطاق الحرية المقررة لهذه الاطراف ويتمثل في عدم تمكين أطراف العقد من ارتكاب غش نحو القانون الواجب التطبيق من وراء اختيارهم. وليس يخفى أن القاضي اذا ما تبين له وجود مثل هذا الغش، فانه سيعمد الى استبعاد القانون المختار، وسيتولى هو نفسه تحديد القانون الواجب التطبيق مستخدما في ذلك منهج تركيز العقد.

ثانيا : الوضع في القانون الاسباني :

ان الرجوع الى التعديل الذى لحق المبادىء الاولية" الواردة بالقانون المدني الاسباني" ، بمقتضى المرسوم - بقانون الصادر بتاريخ 31 ماى 1974 (1)، يكشف عن أن المشرع الاسباني قد اهتم بتنظيم أحكام تنازع القوانين المتعلقة بالعقود.

على أن الذى يهمنا من بين المواد المتعلقة بالعقود، هو نص المادة 10 (1/5) من القانون الاسباني . فقد نصت هذه المادة على ما يلي :

" تخضع الالتزامات العقدية للقانون الذى اختاره الطرفان المتعاقدان صراحة، شريطة أن تكون لهذا القانون المختار صلة بالعقد المبرم . وفي حالة تخلف مثل هذا الخيار فانه يلجأ الى تطبيق قانون الجنسية المشتركة للطرفين المتعاقدين، فان اختلفا جنسية طبق قانون محل اقامتهما العادى المشترك، فان انعدم ذلك ، لجىء في نهاية الامر الى تطبيق قانون محل الابرام".

ان هذه المادة قد أوضحت لنا القانون الواجب التطبيق على العقد، فأخذت،

---

(1) وقد تم نشر نصوصه باسبانيا بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 9 جويلية 1974، كما تم نشره بالحوليات السويسرية للقانون الدولي Annuaire suisse de droit international لعام 1976 - العدد : 22، ص 400 وما بعدها.

كما هي الحال بالنسبة الى غالبية الأنظمة القانونية ، بقانون الارادة . الا أن المشرع الاسباني-كما يظهر من نص المادة-قد آثر الوقوف عند مستوى قانون الارادة الصريح ، ويكون بذلك قد أنبأ عن نيته في استبعاد الارادة الضمنية للأطراف المتعاقدة . كما أنه لم يطلق العنان لارادة الأطراف المتعاقدة ، بل انه قيدها بتطلبه صراحة في القانون المختار أن يكون ذا صلة بالعقد المبرم ، فوضع بذلك حدًا لجدل لا يزال قائما في الكثير من الأنظمة القانونية .

يضاف الى هاتين الملاحظتين الجوهريتين أن المشرع الاسباني لم يفسح المجال لتدخل القضاء . فقد حدد له الضوابط الاحتياطية التي يتعين اعتمادها اذا سكت العقد عن بيان القانون الواجب التطبيق أو تبين أنه ليس للقانون المختار صلة بالعقد المبرم . فأوضح أنه يتعين في مثل هذا الفرض اللجوء وجوبا الى تطبيق قانون الجنسية المشتركة للطرفين المتعاقدين . فان اختلفا جنسية ، فانه يلجأ حينئذ الى تطبيق قانون محل اقامتهما المشترك . فان تعذر تطبيق هذا الضابط ، فانه يتم تطبيق قانون محل الابرام .

على أننا اذا كنا نرى أن المشرع الاسباني قد فعل خيرا بتحديده لضوابط الاسناد الواجب اعتمادها حالة انعدام ارادة صريحة ، لأنه بذلك يكون قد أغلق الباب أمام تحكم القضاء واحتمال اضطرابه ، فاننا نرى أن موقف المشرع الاسباني به نقص يكمن في عدم جدوى الضابط الاحتياطي الأخير الذي تبناه . ذلك أن محل الابرام كما أوضحنا (1) ، فضلا عن كونه عارضا في الكثير من العقود الدولية صعب التحديد من الناحية الواقعية ، خاصة وأن الكثير من العقود الدولية يتم ابرامها عن طريق المراسلة ومن ثم يصعب تحديده

---

(1) يراجع ما سبق ص 50 من هذه الرسالة .

مكان ابرامها. كما أنه يتعذر أحيانا تحديد محل الابرام اذا ما حصل عبور لعدة دول أثناء عملية ابرام العقد ،كما هو الامر بالنسبة الى المتعاقدين اللذين يبرمان عقدهما على متن طائرة أثناء عبورها لاجواء أكثر من دولة قبل أن تصل الى الهدف المنشود .

ولذلك كان أجدى بالمشرع الاسباني أن يعتد بقانون بلد التنفيذ ، لان هذا البلد هو الذى يتحقق فيه الهدف المبتغى من وراء ابرام العقد . فان تعددت محال التنفيذ ، استوجب الامر حينئذ تطبيق قانون الدولة التي يوجد بها محل التنفيذ الرئيسي .

ثالثا : في القانون السويسري (1) :

ان تحديد القانون الواجب التطبيق بصدد العقود الدولية ، قد تأثر بمبدأ سلطان الارادة وان كان القضاة في سويسرا قد طوروا هذا المبدأ ،مراعين في ذلك غايات التجارة الدولية .

ودراسة تطور القضاء السويسرى وخاصة قضاء المحكمة الفدرالية يكشف عن أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي قد مر بمرحلتين :

1 ) فقبل 1952، كانت نقطة الانطلاق المعتمدة لدى القضاء السويسرى هي أن الالتزامات العقدية تخضع للقانون الذى تختاره الاطراف المتعاقدة صراحة . وفي حالة عدم الاختيار الصريح ، كان يلجأ الى تطبيق القانون الذى

---

(1) يراجع في تحليل أحكام هذا القانون : Georges SAUSER-HALL, exposé comparatif des principes gouvernant les conflits de lois en matière d'obligations conventionnelles en droit suisse et en droit anglais, in Festschrift Hans Lewald, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1953, P. 373 et suiv.; F. SHNITZER, les contrats internationaux en droit international privé suisse, Recueil de cours, Académie de la Haye, 1968.I. N° 123, P. 541 et suiv.

تكون ارادة أطراف العقد قد اتجهت الى تطبيقه (1).

على أن قضاء المحكمة الفدرالية السويسرية كان مستقرا خلال هذه الفترة بصدد العقود الدولية ،على التفرقة ما بين شروط صحة العقد ،وبين آثاره.

فأما شروط صحة العقد ، فانه كان يتم اخضاعها لقانون محل الابرام. وكان تطبيق هذا القانون ( أي قانون محل الابرام ) يبرر أحيانا بكون ارادة الطرفين قد اتجهت الى تطبيقه ، كما أنه كان يطبق أحيانا بصفة آلية وبدون تقديم أي تبرير لذلك .

وأما آثار العقد فقد كان القضاء يخضعها لقانون الارادة. فان عبر الطرفان المتعاقدان عن القانون المختار لحكم عقدهما ، فانه كان يتم تطبيق هذا القانون. أما اذا لم يعبرا عن ذلك ، فانه كان يلجأ حينئذ الى اعتماد فكرة الارادة الضمنية.

هذا ، مع ملاحظة أن تحديد ما اصطلح على تسميته بالارادة الضمنية لم يكن يتم بصفة عشوائية ، وانما كان تحديدها يتم من طرف المحكمة الفدرالية باتباع منهج يقوم على دعامتين :

فأما الدعامة الأولى فمؤداها أنه اذا لجأ كل من طرفي العقد ، أثناء نظر النزاع المتعلق بالعقد المبرم بينهما ، الى المطالبة بتطبيق نفس القانون الأجنبي ، وليكن ذلك مثلا محددا بالقانون الايطالي ،فان ذلك يعتبر في نظر القضاة السويسريين عنصرا كافيا يفيد أن نية الطرفين قد اتجهت

---

(1) Georges SAUSER- HALL, art. préc.; P. 373.

منذ لحظة ابرام العقد الى الخضوع لأحكام هذا القانون . ولذلك فان تطبيق القانون الايطالي يصبح أمرا ضروريا .

وأما الدعامة الثانية فمفادها أنه اذا لم يتم التعبير عن القانون المختار واذا لم يكن بالامكان استخلاص ارادة الطرفين الضمنية ، فان المحكمة الفدرالية كانت تعمد الى تطبيق قانون الدولة الاكثر ارتباطا بالعقد موضوع النزاع، وهي في سبيل تطبيقها لذلك ، كانت تعطي أهمية بالغة لقانون محل التنفيذ .

على أن اعطاء المحكمة الفدرالية الاهمية القصوى لقانون محل التنفيذ ، لا يعني حتما تطبيق قانون هذا المحل ، فقد كان يلجأ أحيانا الى استبعاده . وكدليل على ذلك نشير الى المبدأ المعتمد من قبل هذه المحكمة الفدرالية في حكمها الصادر بتاريخ : 1937/03/02 اذ قررت في قضية هونزقير ضد هانج ( Hunziger C/ Hang ) " أنه من بين نقاط الارتباط ، يتعين اعطاء الأهمية البالغة لمحل التنفيذ باعتباره القانون الذي استقر قضاء المحكمة الفدرالية على تطبيقه ، على أساس أنه يفترض أن ارادة الطرفين قد اتجهت الى تطبيقه . غير أن تطبيق قانون محل التنفيذ لا تبقى له الغلبة الا اذا ثبت من مراعاة مجموع ظروف (التعاقد ) أن التصرف القانوني ( موضوع الاعتبار ) ليس مرتبطا بدولة أخرى ارتباطا وثيقا يفوق ارتباطه بقانون بلد التنفيذ " (1).

---

(1) " Parmi ces points de contact, une grande importance doit être attribuée au lieu d'exécution, en sorte que, généralement, c'est le droit du lieu d'exécution que le tribunal fédéral considère comme le droit présomptivement voulu par lew parties ; mais il n'en est ainsi que si, en tenant compte de l'ensemble des circonstances, l'acte juridique n'est pas rattaché encore plus étroitement à un autre pays."

-/-

2 ) على أنه ابتداء من تاريخ : 1952/02/12 عرفت المحكمة الفدرالية تحولا هاما في قضائها . فقد قررت بمقتضى الحكم الصادر عنها في هذا التاريخ في قضية شوفالييه ضد جنيمبور تيكس( Chevaley C/ Genimportex ) استبعاد التفرقة السابقة التي كانت تعتمدها بصدد تنازع القوانين في مجال العقود (1) و هو الوضع الذى لا زال سارى المفعول حتى الآن .

فقد عمدت المحكمة الفدرالية بمقتضى هذا الحكم* الى ازالة التفرقة التي كانت تقيمها سابقا بين صحة العقد وبين آثاره . فأوضحت أن التفرقة التي كانت تقام بصدد العقد ، فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق بصدده ، يتعين استبعادها ، لأن مثل هذه التفرقة تؤدى الى القضاء على وحدة العلاقة العقدية ، كما أنها قد تؤدى الى خلق صعوبات جمة خاصة بصدد العقود التبادلية اذ ترتبط دعوى التنفيذ بمسألة جوهرية تتمثل في كون العقد - مصدر هذه الدعوى - عقدا صحيحا . كما أن التفرقة بين ما يعرف بشروط صحة العقد وبين آثاره يصعب اقامتها في الكثير من الحالات ، و لا تزال غير واضحة المعالم حتى أمام الجهة القضائية العليا ( السويسرية ) . يضاف الى ذلك ، أن محل الابرام كثيرا ما يصعب تحديده ، حينما يتعلق الأمر بعقد بين غائبين ، اذ أن تحديد هذا المحل لا يزال موضع اضطراب و جدل واسعين كما أنه غالبا ما يكون مجرد عنصر عارض .

---

*- مشار اليه في مقال الأستاذ :جورج سويسر- هال ، السابق الاشارة اليه ، ص 374.

(1) المرجع و الموضع السابقان.

ولذلك ،فان الامر يستوجب تطبيق قانون واحد بصدد كل المسائل المتعلقة بالعقد سواء فيما يتعلق بانشائه أو بآثاره . وهذا القانون يتعين تحديده ، بالقانون الذي يرتبط بالعقد أكثر من غيره من الناحية الاقليمية ، اللهم الا اذا اتجهت ارادة طرفي العقد الى تطبيق قانون آخر ، سواء بمقتضى بند صريح في العقد ، أو استنادا الى عناصر تفيد ذلك على وجه اليقين والقطع" (1).

كما أن المحكمة الفدرالية بسويسرا قد أوضحت كيفية تحديد القانون الذي يحقق فكرة الارتباط الوثيق بين العقد واقليم دولة ما ، فبينت أن تحديد هذا القانون يجب أن يؤسس على معطيات ذات طابع موضوعي . ومثل هذه الحقيقة يمكن التأكد منها من الاطلاع على الايضاح الذي أوردته هذه المحكمة في حكم "شوفالييه Chevaley " السابق الاشارة اليه . اذ قررت ما يلي :

" ان القاضي حينما يتساءل عن القانون الذي كان الطرفان سيلجآن الى اعتماده لحل النزاع الذي قد يحدث بصدد حقوقهما ( التعاقدية ) ، لا يستند في ذلك الى ارادة حقيقية للأطراف المتعاقدة لأن هذه الارادة لم

---

(1) " Le système de la coupure générale du contrat doit en effet être abandonné. Il brise d'une manière artificielle l'unité du rapport contractuel et peut susciter de sérieuses dans les contrats bilatéraux si l'on considère que l'action en exécution dépend au premier chef de la conclusion effective d'un contrat valable. D'autre part, la distinction entre ce qui ressortit de la formation et ce qui ressortit des effets du contrat, est souvent délicate et peut demeurer incertaine jusque devant la juridiction suprême. A cela s'ajoute que la détermination même du lieu de conclusion , lorsqu'il s'agit d'un contrat entre absents, est sujette à controverses et incertitudes... le lieu de conclusion est souvent fortuit.

... Il convient dès lors, en principe, d'appliquer une loi unique à toutes les questions en relation avec la conclusion et les ~~questions en relation avec la conclusion et l~~ effets du contrat. Celle loi sera celle du lieu avec lequel le .../...

يتم التعبير عنها بعناصر خارجية ، كما أنه لا يبحث عن الحل الذى كانت نية الاطراف المتعاقدة ستلجأ الى اعتماده . بل كل ما في الامر هو أن القاضي سيحاول أن يتحقق بصفة مجردة ، من الحل الذى كان سيفكر فيه الاناس العاقلون لو تم وضعهم في ظروف مماثلة لتلك التي تواجدت فيها الاطراف المتعاقدة .

وبذلك ، فان ما اصطلح على تسميته بالارادة المحتملة ليس في حقيقته سوى مجموعة من العناصر الموضوعية التي يلجأ اليها القاضي لربط العقد بمكان معين . . . كما أن اللجوء الى الارادة المحتملة يعتبر بدوره عنصرا غير فعال في هذا المضمار ، لأن تركيز العقد يجب أن يتحدد على ضوء عناصر العقد موضوع الاعتبار وحدها ، دون أن يعمد القاضي الى البحث عما كانت الاطراف المتعاقدة ستفكر فيه " (1).

---

.../... rapport juridique considéré a le lien le plus étroit, à moins ... cependant que les parties n'aient désigné une autre loi par une convention expresse, ou résultant d'actes concluants."

(1) Lorsque le juge se demande ce que les parties auraient disposé si elles avaient envisagé la collision de droits, il ne se réfère pas à une volonté réelle, qu'elles auraient manifestée, même par actes concluants. Il leur attribue certaines intentions qui, même si elles étaient établies, ne seraient pas opérantes faute d'avoir été extériorisées. D'ailleurs le juge ne recherche même pas ce ... que les parties, prises telles qu'elles sont, auraient pu concrètement penser et vouloir, mais s'applique à reconstituer d'une manière abstraite ce que des personnes raisonnables ... , placées dans les mêmes circonstances, auraient pensé et voulu. Ainsi la volonté présumée des parties ne fait en définitive que recouvrir l'ensemble des critères objectifs auxquels le juge recourt pour rattacher le contrat à un lieu déterminé... Cela étant, l'appel à une volonté hypothétique se révèle inutile en cette matière, la localisation du contrat devant s'opérer pour elle- même, sans que le juge ait à se livrer à des conjonctures sur ce que les parties pourraient avoir à l'esprit."

و اذن ، فان الوضع الحالي لدى المحكمة الفدرالية السويسرية يمكن تلخيصه كالتـــالـــي :

(1) ان العقد يخضع لقانون واحد سواء فيما يتعلق بتكوينه أو بآثاره .

(2) ان القانون الذى يحكم العقد هو أصلا القانون الذى يختاره الطرفان صراحة في عقدهما . فان لم يتم مثل هذا الخيار الصريح ، فانه يجب البحـث عن القانون الذى اتجهت ارادة الطرفين الضمنية الى تطبيقه عن طريق الاستهداء بظروف التعاقد .

(3) وفي حالة عدم اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق ، فان العقـد يخضع حينئذ لقانون الدولة الأكثر ارتباطا بالعقد . وهو قانون يتم تحديده باستخدام عـنصر موضوعي يتحدد لدى قضاء المحكمة الفدرالية السويسرية بقانون موطن الشخص الذى يقـع على عاتقـه عـبء تـنفيذ الالتزام الرئيسي ( prestation caractéristique ) الوارد بالعقد موضوع الاعتبار ، على أساس أن الموطن هو المكان الذى يتركز به موضوع الالتزام الرئيسي [1] . ومثل هذا المنهج المعتمد لدى المحكمة الفدرالية السويسرية في تحـديد القانون الأكـثر ارتباطا بالعقد ، أدى بها الى استبعـاد كل من الارادة المفترضة ( la volonté présumée ) والارادة المحتمـــلـة ( la volonté hypothétique ) للأطراف المتعاقـدة .

هذا ، وتكملة لتحليل أحكام القضـاء السويسرى ، طبقا لما استـقر عليـه قضاء المحكمة الفدرالية بسويسرا ، فان لنا أن نتساءل ، عـما اذا كان مـن

---

(1) يراجع في ذلك : آد ولف . ف . شنيتزير ، محاضراته بأكاديمية لاهاى ، المرجع السابق ، ص 594 .

حق الأطراف المتعاقدة في حالة اختيارها الصريح لقانون دولة ما، أن تعمد الى اختيار أيّ قانون ، أو أنه يشترط في القانون المختار أن تكون له علاقة بالعقد المبرم .

لقد أجابت المحكمة الفدرالية السويسرية على هذا التساؤل، فاستقرت بمقتضى أحكامها القضائية على ضرورة توافر صلة بين القانون المختار و العقد المبرم و ان قررت أنه يكفي لاحترام الخيار أن يكون هذا الخيار معقولا ( choix raisonnable ) .(1)

تلكم اذن هي المبادئ العامة المقررة لدى قضاء المحكمة الفدرالية السويسرية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد . على أن أهمية الموضوع لم تكن لتترك المشرع السويسري يلعب دور المتفرج ، و لذلك فانه قام بوضع مشروع لتقنين القانون الدولي الخاص خصص العنوان الثاني منه للالتزامات و العقود (2).

و لو حللنا أحكام هذا المشروع، في أحكامه المتعلقة بالعقد الدولي ، لوجدناه ينص على وجوب ربط العقد الدولي بقانون دولة ما ، و هو قانون يتحدد " بالقانون الذى تختاره الأطراف المتعاقدة" ( المادة 117 منه )، أى أن المشروع السويسرى قد أخذ بقانون الارادة و ان لم يتطلب في القانون المختار أن يكون ذا صلة موضوعية بالعقد المبرم . و لعل سبب ذلك ، كما

---

(1) يراجع في ذلك محاضرات الأستاذ : أدولف.ف. شنيتزير ، بأكاديمية لاهاي ، المرجع السابق ، ص 585 المتن و الهامش رقم (9) .

(2) في تحليل أحكام هذا المشروع يراجع : Paul LAGARDE, les contrats dans le projet suisse de codification de droit international, 1979, tome XXXV , P. 72 et suiv.

يقرر الفقه،هو " أن الواقع العملي أثبت أن اختيار الأطراف المتعاقدة اختيار غير تحكمي وعقلاني ، وأنه اذا اختار طرفا العقد قانونا غير مرتبط بعقدهما ، فلأنهما ارتأيا أن مثل هذا الخيار هو وحده الذي يحقق مصلحتهما " (1).

على أن عدم تطلب المشروع السويسري توافر كل صلة بين العقد والقانون المختار، لا يعني أن ارادة الأطراف المتعاقدة تبقى حرة طليقة من كل قيد . ودليل ذلك أن المادة 117/ 2 من هذا المشروع قررت استبعاد الخيار الذي تم اذا ثبت أن هذا الخيار كان يستهدف حماية أحد طرفي العقد فقط على حساب مصالح الطرف الآخر.

واذن فان المشروع قد قرر احترام الخيار للأطراف المتعاقدة ، متى تم التعبير عن هذا الخيار بصفة صريحة . الا أنه سكت عن الاجابة عن مدى امكان الأخذ بالارادة الضمنية اذ لم ينص عليها لا بالاقرار ولا بالاستبعاد ، وهو نقص يتعين في نظر الفقه (2) رفعه ، درءا لاضطراب الأحكام القضائية.

غير أنه اذا كان المشروع السويسري لتقنين أحكام القانون الدولي الخاص قد سكت عن حكم الارادة الضمنية ، فانه وضع ضوابط احتياطية . فأوضح بهذا الصدد تطبيق القانون الذي يرتبط به العقد ارتباطا وثيقا ( المادة 120/ 1)، واعتمد لتحديد هذا القانون ضوابط ثلاثة . فأخذ ، بهذا الصدد ، بفكرة الأداء الرئيسي ( la prestation caractéristique ) وهو أداء يتم

---

(1) ب . لاجارد ، مقاله السابق حول المشروع السويسري للقانون الدولي الخاص ، ص 74.

(2) ب. لاجارد ، مقاله حول المشروع السويسري للقانون الدولي الخاص، ص 76 .

تركيزه عادة بالدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذى يلزم بتقديم هذا الاداء.
كما أنه اعتمد فكرة تطبيق قانون الدولة الذى يقرر الحماية القصوى للطرف الواجب حمايته ( المادة 122/2 ) وهو ما يتحقق بصدد حالات أربع ورد النص عليها في المشروع، وهي حالات تتحدد : بالبيع بالتقسيط ( vente à tempérament...... )، وبعقود القرض البسيط، ( les contrats de petit crédit ) وبالكفالة غير التجارية، وبعقد العمل (1). والى جانب الضابطين السابقين، اعتمد المشروع السويسرى ضابطا ثالثا خاصا بحالات ثلاث، ورد النص عليها في المادة 123 الواردة به، وتتمثل في: تطبيق قانون موقع العقار على العقود المتعلقة بالعقار، وقانون مكان البورصة بالنسبة الى عقود البورصة، وقانون مكان الاصدار فيما يتعلق بالقروض العامة ( emprunts publics ).(2)

واذا كان المشروع السويسرى قد أوضح كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، فانه قد بين أيضا مجال تطبيق هذا القانون، وبهذا الصدد، عمد الى الأخذ بمبدأ وحدة العقد. فقرر أن القانون الذى يتم تحديده لحكم العقد، يحكم -بحسب الاصل- هذا العقد بكامله، سواء فيما يتعلق بتكوينه أو بآثاره. وهو اذ أخذ بهذا المبدأ، انما يكون قد سار على ما استقر عليه قضاء المحكمة الفدرالية منذ 1952 الذى يقوم على

---

(1) يراجع بصدد التساؤلات الشائكة التي يثيرها تطبيق هذا الحكم، مقال الأستاذ : ب. لاجارد، تحت عنوان : المشروع السويسرى لتقنين القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 78 - 79.

(2) يراجع بشأن التساؤلات التي يثيرها تطبيق المادة 123 المذكورة بالمتن، مقال الأستاذ : ب. لاجارد، تحت عنوان المشروع السويسرى... " ص ص 79 - 80.

الاستبعاد الكلي للتفرقة التي كانت قائمة بين شروط تكوين العقد وبين آثاره فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، مع اخضاعها جميعا لنفس القانون (1).

رابعا : في النظام القانوني الألماني :

ان تحليل أحكام القضاء الألماني يكشف عن أن هذا القضاء يهتم أساسا بالالتزامات المتولدة عن العقد ، وليس بالعقد ذاته، ويترتب على ذلك امكان خضوع التزامات كل من الطرفين لقانون يحكمها . كما أن المعتمد لدى هذا القضاء، تحت تأثير الفقيه سافيني ، هو أن الالتزامات العقدية تخضع لقانون الارادة ، فان انعدم مثل هذا القانون ، فانه يطبق بشأنها قانون محل تنفيذها . وتطبيقا لهذا الحكم المعتمد لدى القضاء الألماني ، فانه لو فرض أن ابرم عقد بين طرف ألماني وطرف سويسري دون تحديد للقانون الذي يحكم التزاماتهما العقدية وتم الاتفاق بينهما على تسليم البضاعة بزيوريخ ، ودفع الثمن بميونيخ ، فان الالتزام بتسليم البضاعة سيخضع للقانون السويسري ، في حين أن الالتزام بدفع الثمن سيخضع للقانون الالماني .

على أنه ليس يخفى أن مثل هذا الحل يؤدي الى نتيجة خطيرة ، لانه يترتب عليه " تقطيع للعقد " ومساس بوحدته . ودرءا لمثل هذه الخطورة ، فان القضاء الألماني ذهب الى أن تطبيق قانون محل التنفيذ بالنسبة الى كل التزام على حدة لا يلجأ اليه الا اذا تبين أن ارادة الطرفين لم تتجه

---

(1) في تفاصيل ذلك : يراجع الأستاذ : ب.لاجارد ، مقال السابق حول المشروع السويسري. . . ، ص 81 ، وص 83 وما بعدها .

انطلاقا الى تطبيق قانون ما . فان اختار الطرفان قانونا لحكم عقدهما، فان هذا القانون يحكم العقد بكامله ، يستوى في ذلك أن يكون الطرفان قد عبرا عن ارادتهما صراحة ، أو ضمنا (1) . بل وذهب القضاء الألماني الى أبعد من ذلك، اذ ارتأى الأخذ أيضا بما أسماه بالارادة المحتملة ( la volonté hypothétique ) ويحددها " بالارادة التي كان يتعين اعتمادها بالنظر الى ظروف التعاقد " (2).

على أنه لو حللنا ما اصطلح على تسميته " بالارادة المفترضة " لا تضح لنا أن هذه الارادة لا تختلف عما اصطلح على تسميته بعملية "تركيز العقد ". فقد أوضحت محكمة النقض الألمانية ( la Bundesgerichtof ) أنه في حالة تخلف الارادتين الصريحة والضمنية ، يتعين تطبيق الارادة المحتملة ، واللجوء الى مثل هذه الارادة ليس في حقيقته سوى تركيز للعقد المبرم وتحديد القانون الواجب التطبيق على ضوء عملية التركيز هذه (3).

---

(1) يراجع في ذلك : H. Batiffol, problèmes des contrats privés internationaux, op. cit.; PP. 21-22.

(2) H. Batiffol, problèmes des contrats privés internationaux, op. cit.; PP. 70-71 ; observations anonymes au Clunet 1975, P. 579.

(3) يراجع في ذلك : الحكمان الصادران عن محكمة النقض الألمانية بتاريخ : 14 أبريل و 13 نوفمبر 1953، وهما حكمان تم نشرهما بـ : Collection des décisions allemandes de droit international privé, 1953, PP. 150 et 153.

## الفرع الثاني

## الوضع في النظام القانوني الانجلسكسوني

لبيان كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في ظل النظام الانجلسكسوني ، نبحث هذه المسألة على ضوء كل من النظام القانوني الانجليزى والأمريكي .

### أولا : الوضع في القانون الانجليزى (1) :

جرى العمل على اخضاع العقد في النظام الانجليزى الى ما اصطلح على تسميته " بالقانون الخاص بالعقد " .

فما المقصود بعبارة " القانون الخاص بالعقد " ؟

لو رجعنا الى الفقه الانجليزى لوجدنا أنه يحدد ذلك بقوله : يراد بالقانون الخاص بالعقد ، القانون الذى اتجهت ارادة الأطراف المتعاقدة الى اخضاع العقد لأحكامه ، وهو قانون قد يتم تحديده صراحة ، كما أنه يمكن استخلاصه من الظروف الملابسة للعقد . فان انعدم مثل هذا التحديد الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق ، فان تحديد هذا القانون يتم حينئذ بالبحث عن النظام القانوني الذى يرتبط به العقد ارتباطا وثيقا (2) .

---

(1) يراجع في ذلك : Dicey and Morris, the conflict of laws, 9 th ed., London 1973, P. 721 et suiv.; Rule 146 et suiv.; Cheshire, private international law, London 1965, P. 185 et suiv.; Kahn- Freund, Freund, la notion anglaise de " la proper law of the contract" devant les juges et devant les arbitres , R. 1973, P. 605.

(2) ديسي وموريس، المرجع السابق، القاعدة 146 ، ص 721.

ومؤدى هذا القول ، هو أنه اذا اختار طرفا العقد القانون الذى يحكم عقدهما فانه يجب احترام هذا الخيار يستوى في ذلك أن يكون هذا الخيار صريحا ، أو أن يكون ضمنيا كأن يكون الطرفان المتعاقدان قد استخدما مصطلحات خاصة بنظام قانوني معين ضمن بنود تعاقدهما، فمثل هذا الخيار يكشف عن أن نية الطرفين قد اتجهت الى تطبيق هذا النظام القانوني ، ولذلك فانه لا مفر من احترام هذه الارادة (1) . أما اذا لم يعبر الطرفان عن ارادتهما ، فيتم تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق تركيز العقد تركيزا موضوعيا وذلك بتطبيق قانون الدولة التي يرتبط بها هذا العقد ارتباطا وثيقا .

واذن ، فالأصل العام هو أنه اذا اختار الطرفان المتعاقدان قانونا لحكم عقدهما ، تعين احترام هذا الخيار . لكن ذلك يطرح تساؤلا مؤداه : هل يكفي أن يختار الطرفان صراحة قانونا لحكم عقدهما لكي يطبق هذا القانون ، أو أنه يشترط أن تكون هناك صلة ما بين القانون المختار والعقد المبرم ؟

الواقع هو أن الاجابة تبدو صعبة في ظل الأحكام القضائية الانجليزية .

---

(1) وقد تم اعتماد قانون الارادة منذ زمن بعيد . ومن قبيل ذلك ما تقرر لدى Privy Council سنة 1939 في قضية Vita food pro - duots inc. V/ Unis shipping Co. حيث صرح "اللورد رايث Lord Wright " بما يلي : "انه من المستقر عليه لدى القانون الانجليزى . . . هو أن القانون الخاص بالعقد يتحدد بالقانون الذى اتجهت ارادة الأطراف الى تطبيقه" . مشار اليه في محاضرات ماريو جيوليانو : Mario JULIANO, la loi applicable aux contrats, cours académie de la Haye, 1975.V. N° 158 , P. 201.

ذلك أنه " فيما يبدو لا توجد سوابق لدى هذا القضاء رفضت احترام اختيار الطرفين الصريح بدعوى أن القانون المختار لا يرتبط بالعقد المبرم"(1).

على أن الفقه الانجليزي لا يرى مانعا من استبعاد القانون المختار اذا تبين أنه لا تتوافر علاقة وثيقة وحقيقية بين هذا القانون والعقد . وسنده في ذلك أن الخيار المتروك للأطراف يجب أن يتم بحسن نية ، وأنه اذا انعدمت الصلة الموضوعية بين العقد والقانون الذي تم اختياره لحكم العقد فان ذلك يعتبر دليلا على توافر نية التهرب لدى طرفيه ( be evidence of an evasive intention ) الأمر الذي يتعين معه عدم السماح للخيار الذي تم بترتيب أية آثار قانونية (2).

واذن ، فالمبدأ المقرر لدى القضاء والفقه الانجليزيين ، هو ضرورة احترام قانون الارادة اذا ما تم التعبير عن هذا القانون صراحة أو ضمنا .

---

(1) ديسي وموريس ، المرجع السابق ، القاعدة 146 ، ص 729 . على أن الأمر يختلف لدى القضاء الاسترالي ، الذي أخذ بمبدأ استبعاد القانون المختار اذا تبين أن هذا القانون قد قصد طرفا العقد من اختياره الافلات من أحكام قانون آمر سارى المفعول بدولة القاضي ، أو تبين "أن الخيار كان غير مرتبط من خاصيات العقد ( the choice was unconnected with the realities of the contract ).

(يراجع في ذلك ديسي وموريس - المرجع والموضع السابقان ، والهامش رقم 55 بصفحة 729 .)

(2) شيشير ، المرجع السابق ، ص 193 وما بعدها ، ديسي وموريس ، المرجع السابق ، ص 730 .

فاذا انعدم مثل هذا التعبير الصريح أو لم تسعف ظروف التعاقد فـي استخلاص القانون الواجب التطبيق، فان الحاجة تصبح ملحة للأخـذ بفكرة التركيز الموضوعي للعقد وذلك بتطبيق قانون الدولة الأكثـر ارتباطا بهذا العقد (1).

والواقع هو أن اعتماد القضاء والفقه الانجليزيين لفكرة التركيز الموضوعي للعقد، مرده أنه اذا لم يعبر الطرفان المتعاقدان عن ارادتهما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، تعين الاعتراف بأن سكوت الطرفين عن ذلك يرجع الى أحد أمرين: فاما لأنهما لم يفكرا في هذه المسألة اطلاقا، واما أنهما فكرا في ذلك ولكنهما لم يتوصلا الى اتفاق بشأنها (2).

وما دمنا بصدد الحديث عن فكرة التركيز الموضوعي للعقد، فاننا نشير الى أن هذا التركيز يتم اجراؤه، في نظر بعض الفقه من طرف المحكمة التي "تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على ضوء الخيار الذي سيجريه رجل عاقـل ( reasonable person ) لو تم وضعه في نفس الظروف"، أي أن القاضي "لا يبحث عن نية الطرفين لأن مثل هذه النية لا وجود لها في الواقع" ولـكنه ـ كما سبق للفقيه ويستلايك ( Westlake ) أن قرر

---

(1) وان كان القضاة الانجليز غير متفقين على الاصطلاح الواجب الاعتماد، ذلك أن بعضهم يفضل استخدام اصطلاح "قانون الدولة الأكثر ارتباطا بالعقد"، بينما يذهب البعض الآخر الى استخدام عبارة "النظام القانوني الأكثر ارتباطا بالعقد" في حين أن فريقا ثالثا يستخدم الاصطلاحين معا دون تفرقة بينهما (في تفاصيل ذلك: ديسي و موريس، المرجع السابق، ص 744).

(2) يراجع في الأحكام القضائية التي اعتمدت هذا المبدأ، مؤلف الأستاذين: ديسي و موريس السابق الذكر، والقاعدة الفرعية 3 الواردة ضمن القاعدة القاعدة العامة رقم 146، ص 742 ومابعدها، وهامش (40) بنفس الصفحة في نفس المؤلف.

ذلك- يمتد الى تطبيق النظام القانوني الذى يرتبط به العقد المبرم ارتباطا وثيقا " ، وهو المبدأ الذى استقر عليه قضاء مجلس اللوردات بصفته الهيأة القضائية العليا في النظام القضائي الانجليزى (1) .

على أن الواقع القضائي أثبت بأنجلترا أن فكرة الرجل العاقل ، وان اعتمدته كضابط للتوصل لفكرة التركيز الموضوعي للعقد ، فانها تبقى مجرد فكرة نظرية . ذلك أن هناك ضوابط يسترشد بها القاضي عادة وهو في سبيل تحديده للقانون الواجب التطبيق . وتتمثل أهم هذه الضوابط في محل ابرام العقد (2) ومحل تنفيذه ، ومحل اقامة الأطراف المتعاقدة ، أو المكان الذى يتركز به نشاطهما ، بالاضافة الى طبيعة العقد وموضوعه (3) .

مجال اعمال القانون الخاص بالعقد :

واذا تم تحديد " القانون الخاص بالعقد " ، فان المقرر لدى القضاء الانجليزى ، هو أن هذا القانون يمتد نطاقه ليشمل- بحسب الأصل- كل ما يتعلق بتكوين العقد ، وبصحته وبآثاره (4) ، ويبقى هذا القانون

---

(1 ) يراجع في ذلك : شيشير ، المرجع السابق ، ص 190 ، المتن والهامش (1) .

(2 ) وان كان محل ابرام العقد قد فقد الآن أهميته بعد أن أصبحت العقود لا تنحصر في اطار جغرافي ضيق وذلك بعد أن تدخلت الوسائل الحديثة لابرام هذه العقود كالتلفون والتلكس . يراجع كاهن فروند ، المقال السابق ، البند ان : 6 و 7 .

(3 ) في تحليل ذلك : ديسي وموريس/ المرجع السابق ، ص 743 ، كما أن هناك ضوابط أخرى قد يعتمد عليها القاضي لتحديد " القانون الخاص بالعقد " حالة سكوت الطرفين المتعاقدين عن بيان القانون الواجب التطبيق ، يراجع في عرض هذه الضوابط المتعددة والمختلفة : شيشير ، المرجع السابق ، ص ص 190 - 191 والهوامش المشار اليها بهذين الصفحتين .

(4 ) في تفاصيل ذلك : ديسي وموريس ، المرجع السابق ، القاعدة 148 وما -/-

هو الواجب التطبيق طالما أنه لا يتعارض مع أحكام القانون الانجليزي ، اذا كانت انجلترا هي مكان تنفيذه [1].

ثانيا : في النظام القانوني الأمريكي :

الواقع هو أنه اذا كان من السهولة بالنسبة الى شخص تعود على النظام اللاتيني أن يتفهم أحكام القانون الفرنسي و الأنظمة التي تأثرت به ، فان الأمر يختلف بالنسبة الى النظام الأمريكي . و مثل هذه الصعوبة التي تطرأ على النظام الأمريكي لا تستقر في اطار القانون الداخلي فحسب بشأن العقود ، موضوع دراستنا ، بل تتعداه الى مجال القانون الدولي الخاص أيضا . و هي صعوبة يعترف بها فقهاء القانون الدولي الخاص بأمريكا أنفسهم ، اذ يقررون أن هذا المجال هو أكثر المشاكل تعقيدا و خلطا في اطار تنازع القوانين ( the most and confused area of choice of law problems ) [2].

---

= / = بعدها ص 763 و ما بعدها . هذا مع ملاحظة أن المقرر لدى القضاء الانجليزي هو أن أهلية التعاقد لدى الشخص تخضع اما للنظام القانوني الذي يرتبط به العقد ارتباطا وثيقا ، كما أنه بالامكان اخضاعها لقانون موطن الشخص أو محل اقامته . و ليس يخفى أن الهدف من اعتماد هذين الضابطين هو التوصل الى اقرار مبدأ صحة العقد ، بحيث يكفي أن يعتبر أحد القانونين الشخص المتعاقد كامل الأهلية ، لكي يعتبر العقد صحيحا و بمنأى عن البطلان الذي قد يتهدده لنقص أهلية أحد طرفيه . في تفصيل ذلك : ديسي و موريس ، المرجع السابق ، القاعدة 149 ، ص 765 و ما بعدها .

(1) في الأحكام القضائية التي أقرت هذا المبدأ : يراجع ديسي و موريس ، الهامش 99 (2) - ص 781 .

(2) Beale J, treatise ; t. 2, P. 1077; Groodich H., handbook of the conflict of laws, P. 200; Lorenzen E, selected articles, P. 261; Ehrenzeweig A, treatise, P. 453.

هذا، وتصفح النظام القانوني الأمريكي ، يكشف عن أن الاهتمام بدراسة تنازع القوانين بصدد العقد الدولي لا يقتصر على الفقه وحده، بل حظى باهتمام تشريعين يعرفان في أمريكا تحت" الرستاتمنت الأول ( Restatement of conflict of laws , first ) الذي وضع عام 1935و " الرستاتمنت الثاني ( Restatement of conflict of laws, second ) والذي وضع عام 1960 (1).

فأما الرستاتمنت الأول، فقد نص ضمن الفقرة 332 الواردة به على أن كل ما يتعلق بأهلية الأطراف، وبشكل العقد، وشروط صحته يخضع لقانون محل الابرام، وأنه لتحديد هذا المحل (أي محل الابرام) فان القاضي يتولى تبعا لقواعده، الاستناد الى العنصر الرئيسي الوارد بالعقد .

وفي تأكيد اعمال هذا الضابط، القائم على اخضاع العقد من حيث شروط صحته لقانون محل الابرام، فان الأستاذ :بيل Beale - باعتباره مقرر اللجنة التي قامت بصياغة الجزء الخاص بتنازع القوانين بصدد العقد - قد أوضح أنه" لتحديد ما اذا كان العقد صحيحا أو لا . . . يتعين اللجوء الى تطبيق قانون محل الابرام. فاذا كان هذا القانون يضفي صبغة الزامية على تعهدات الأطراف، فانه من حق المتعهد (طرف العقد ) أن يتمسك بتطبيق أحكام هذا القانون وحده ( أي قانون محل الابرام ) على التزامه. أما اذا كان قانون محل الابرام لا يضفي أية صبغة الزامية على هذا التعهد ، فانه

---

(1) للاطلاع على التطور الذي لحق النظام القانوني الأمريكي بين الرستاتمنتين في اطار تنازع القوانين بصدد العقد ، يراجع: Yntema H, contract and conflict of law ; autonomy in choice of law in the united states, 1, N.Y.L.F , P. 46 (1955).

لا يمكن لأى قانون آخر أن يتدخل لتقرير مثل هذه الصفة الالزامية عليه"(1).

على أنه اذا كان المقرر في ظل الرستاتمنت الاول، هو تطبيق قانون محل الابرام، بصدد ما يتعلق بصحة العقد، فان المقرر في ظل الفقرة 358 من هذا القانون هو تطبيق قانون محل التنفيذ ( lex loci solutions ) بصدد المسائل المتعلقة بتنفيذ العقد.

و الواقع هو أن التفرقة بصدد العقد الدولي بين شروط الصحة و شروط التنفيذ التي كانت قائمة في ظل الرستاتمنت الاول تعتبر تفرقة غير مؤسسة اذا ما لاحظنا أن العقد يكون بحسب الاصل، وحدة متكاملة. كما أن هذا الحكم الوارد بالرستاتمنت الاول لم يكن يطابق منحى القضاء الامريكي الذى لم يكن مستقرا على تطبيق قانون محل الابرام بصدد شروط صحة العقد. فتحليل أحكام هذا القضاء يكشف عن أنه كانت تتنازعه اتجاهات ثلاثة، فكان هناك

---

(1) " The question whether a contract is valid...( is determined) by the law of the place of contracting. If the law at that place annexes an obligation to the acts of the parties, the promisee has a legal right no other law has the power to take axay except as a result of new acts which change it . If on the other, the law of the place which the agreement is made annexes no legal obligation to it, there is no other law which has power to do so."

و لتحليل هذا الحكم يراجع مقال الاستاذ بيل Beale ماهو القانون الذى يحكم صحة العقد "What the law governs the validity of a contract?" , 23 Harvard Law Review, P. 271 1910).

وهو مقال تم نشره بمجلة هارفارد للعلوم القانونية، لسنة 1910 في أربع حلقات بصفحات 1 و 179، و 194، و 260 من هذه المجلة.

اتجاه يعتمد فكرة تطبيق قانون محل الابرام، وهناك اتجاه ثان كان يأخذ بفكرة تطبيق قانون محل التنفيذ ، في حين أن اتجاها ثالثا كان يتجه الى تطبيق قانون الارادة. كما أن القضاء الأمريكي ، وان كان اعتمد في الكثير من الأحكام تطبيق قانون محل الابرام أو قانون محل التنفيذ، فان تطبيقه لهذين القانونين كان يتم على أساس أنهما يعتبران تجسيدا للارادة المفترضة للأطراف المتعاقدة (1). كما أن دراسة الأحكام الصادرة عن القضاء الأمريكي تكشف عن أن القضاء لم يلجأ الى تجزئة العقد الدولي . وفي ذلك يقرر الأستاذ :باربي جان-بيير BARBEY Jean-Pierre أن " القضاء الأمريكي في الواقع، لا يعطينا أي مثال يكشف عن أنه قد لجأ الى تجزئة العقد عن طريق تطبيقه لقانونين مختلفين بصدد نفس العقد :قانون محل الابرام بصدد شروط صحته، وقانون محل التنفيذ بصدد آثاره" (2).

وأمام الانتقادات الفقهية التي وجهت الى الرستاتمنت الأول، وعدم مطابقته لواقع التطور القضائي الأمريكي ، فقد وضع رستاتمنت ثان يختلف عن الرستاتمنت الأول .

ذلك أن الرستاتمنت الثاني قد اعتد بقانون الارادة ، فأعطى الأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم ( المادة 187). وهو اذ اعتمد هذا المبدأ يكون قد استبعد الانتقادات

---

(1) يراجع في ذلك : هانسيو (برنار) ،القانون الدولي الخاص الأمريكي ، بروكسيل 1979، بند 335، ص 227-230.
HANOTIAU(Bernard), le droit international privé américain, Bruxelles, 1979.

(2) يراجع في ذلك مؤلفه : les conflits de lois en matière de contrats dans le droit des Etats-unis d'Amérique et le droit anglais comparés au droit français, Paris, Rousseau, 1938, P. 131.

الموجهة عادة الى قانون محل الابرام، لأن محل الابرام كثيرا ما يكون عارضا. كما استبعد قانون محل التنفيذ، وذلك نظرا للصعوبات التي قد تظهر لتحديد مكان التنفيذ حال تنفيذ العقد المبرم بدول مختلفة.

على أن هذا لا يعني أن الرستاتمنت الثاني قد أخذ بمبدأ قانون الارادة على إطلاقه، بل انه قيد تطبيقه بالقيود الأربعة التالية (1):

1) أن يكون للعقد علاقة فعلية مع دولتين أو أكثر. فان كان العقد قد أبرم في نيو يورك بين مواطنين من هذه الولاية لكي ينفذ بها، وأخضع الطرفان عقدهما لقانون ولاية نيوجرزي ( New- Jersey ) مثلا، فان هذا القانون لا يتم تطبيقه لأنه لا يرتبط بالعقد المبرم (2).

---

(1) وهي قيود ورد النص عليها في الفقرة 187 من الرستاتمنت الثاني.

(2) هذا، والملاحظ أن المثال المستمد من مقال الأستاذ ريز " Reese " السابق الإشارة اليه، ص 535، راجع الى أن تنازع القوانين قد يحدث في أمريكا حتى في إطار العلاقات بين الولايات الأمريكية نفسها، نظرا لأن لكل ولاية نظامها القانوني الخاص بها. على أن هذا لا يعني أن هذا النوع من التنازع الأشري يحي يطابق التنازع بين القوانين الذي يحدث بين قوانين الدول، اذ أن هناك فروقا ثلاثة بين نوعي التنازع. ففي حالة التنازع الداخلي يتعلق الأمر بنفس السيادة الوطنية على خلاف ما يحدث في اطار التنازع التشريعي الذي يحدث بين قوانين عدة دول. يضاف الى ذلك أنه اذ كان العنصر الأجنبي متوفرا في حالة التنازع الدولي للقوانين، فانه ينعدم في حالة تنازعها الداخلي. كما أن هناك آثارا تترتب على هذه التفرقة بين نوعي التنازع تتمثل في أنه ليس بالامكان أن نتصور لجوء المشرع الوطني مثلا في اطار التنازع الداخلي الى اعتماد ضابط الجنسية لحل هذا التنازع أو أن تعمد احدى الولايات (بالنسبة الى الدول الاتحادية) الى اعتماد فكرة النظام العام كقاعدة اسناد احتياطية لاستبعاد تطبيق قانون ولاية أخرى.

والواقع هو أن اعتماد الرستاتمنت الثاني لقانون الارادة لم يلق معارضة من القضاء الأمريكي الذي يتقبل تطبيق قانون الارادة بدون تحفظ، سواء فيما يتعلق بالمحكمة الفدرالية أو بمحاكم الولايات الأمريكية المختلفة.

-/-

2 ) يتم استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف اذا كان التوصل الى تحديد هذا القانون قد حصل نتيجة misrepresentation (1) أو اكراه ( duress ) أو تأثير غير مشروع ( indue influence ) أو غلط ( mistake )، ومن قبيل ذلك أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق الاكراه، فاذا ما تحقق القاضي من أن هذا القانون قد فرض على الطرف الآخر، واذا كان تطبيق هذا القانون من شأنه أن يؤدي الى "الحيلولة دون تحقيق عدالة موضوعية لدى الطرف الذي انضم لهذا العقد " result in substancial injustice to the adherent " فانه يكون من حق القاضي المعروض عليه النزاع أن يستبعد هذا القانون.

3 ) كما أنه يتم استبعاد القانون المختار اذا تبين أنه لا يوجد سبب معقول لدى الأطراف يبرر اختيارهم لهذا القانون. ومن قبيل الحالات التي تدخل في هذا الاطار حالة اختيار قانون لا يرتبط اطلاقا بالعقد المبرم.

على أن فكرة الارتباط لا تعني أن يكون هذا الارتباط ماديا، بل يكفي أن يكون معقولا. وصورة ذلك مثلا أن تكون الأنظمة القانونية التي يرتبط بها العقد غير متطورة وغير كافية لحكم العقد المبرم، فهنا لا يوجد ما يمنع الأطراف من اللجوء الى تطبيق قانون دولة أخرى، لأن لجوءهم الى تطبيق هذا القانون لم يكن بقصد التهرب من أحكام القوانين المرتبطة بالعقد.

---

-/- يراجع في عرض الأحكام القضائية التي تبنت قانون الارادة لدى القضاء الأمريكي، مؤلف الأستاذ: هانسيو، المرجع السابق، الهامش 161 ص 255 (بالنسبة الى المحكمة الفدرالية)، والهامش 162، ص 256 بالنسبة الى محاكم الولايات المختلفة، بالاضافة الى الهامش 166 من نفس الصفحة.

(1) وهو عيب يقع ضمن كل من الغلط والتدليس - يراجع ما سبق ايضاحه بصفحة 57 من هذه الرسالة.

4 ) ليس بامكان الأطراف أن يفلتوا من الخضوع لقانون يعتبره القاضي ـ المعروض عليه النزاع ـ من قبيل الأمور الأساسية في الدولة التي كان يتعين تطبيق قانونها الوطني . على أنه لتطبيق قانون هذه الدولة الأخيرة يشترط أن تكون مصلحتها الواجبة الاحترام تفوق مصلحة الدولة التي اختير قانونها من قبل الأطراف المتعاقدة لحكم النزاع .

هذا ، ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد هو أنه اذا اتضح للقاضي ، في ظل الرستاتمنت الثاني ، أن القانون المختار يؤدي الى بطلان العقد ،فانه يتعين عليه استبعاد مثل هذه النتيجة ، لأن المقرر هو أن الأطراف لا يختارون عادة سوى القانون الذي يجيز عقدهم ، فان أدى القانون المختار الى بطلان العقد ، فانه يتعين اعتبار أن مثل هذا الخيار كان حصيلة خطأ فقط.

واذن ، فان المقرر في ظل الرستاتمنت الثاني هو اعتماد قانون **الارادة** الصريح مع مراعاة القيود الأربعة السالف ذكرها . على أنه من المقرر في هذا الصدد أيضا هو اعتماد قانون الارادة الضمني اذا ما كان بالامكان استخلاص مثل هذه الارادة من بنود العقد المبرم ، وان كان بعض الفقه (1) يرى أن اللجوء الى مثل هذه الارادة يجب أن يتم بحذر شديد بحيث لا يلجأ الى تطبيق هذه الارادة الا اذا كانت مؤكدة وثابتة ، مع ما يؤدي اليه ذلك من استبعاد الارادة المحتملة . وهو اذ يقول بذلك ، يشير الى أن الواقع القضائي بأمريكا يكشف عن

---

(1) هانسيوه المرجع السابق ،البند 373 ،ص 249 ، و Prebble J , choice of law to determine the validity and effects of contracts: a comparison of english and american approaches to the conflict of laws, Cornell Law Review, 1973, Nº 58, P. 644.

أن المحاكم حينما تعمد الى تطبيق قانون ما بوصفه قانون ارادة ضمنية ، فانها تطبق في الحقيقة القانون الذى تراه أكثر تطابقا مع العقد ، وهو نفس القانون الذى كانت ستعمد الى تطبيقه لو أخذت بفكرة " القانون الأكثر ارتباطا بالعقد " (1).

تلكم هي الأحكام المتعلقة بقانون الارادة ، والواردة بالرستاتمنت الثاني . على أن هذا الرستاتمنت قد واجه أيضا بمقتضى الفقرة 188 الواردة به ذلك الفرض الذى لا وجود فيه لقانون الارادة بالعقد، فنص على أنه في مثل هذه الحالة يلجأ الى تطبيق القانون الداخلي للدولة الأكثر ارتباطا بالعقد وبالأطراف المتعاقدة . وهو قانون يتم تحديده بمراعاة أحد الضوابط الخمسة المتمثلة في : أ ) محل الابرام ، ب ) أو المكان الذى أجريت فيه المفاوضات، ج ) أو مكان التنفيذ ، د ) أو المكان الذى يوجد به موضوع العقد ، هـ ) أو محل اقامة أطراف العقد ، أو جنسيتهم ، أو المكان الذى يمارسون به نشاطاتهم -ان تعلق الأمر بأشخاص طبيعيين - فان كان الأمر يمس شخصا معنويا فانه يراعى في ذلك مكان انشائه . هذا مع ملاحظة أن المقرر في هذا الصدد هو أنه اذا كان كل من محل اجراء المفاوضات ومحل تنفيذ العقد متمركزين بنفس الدولة ، فانه يلجأ الى اخضاع العقد المبرم للقانون الداخلي لهذه الدولة(2).

---

(1) هانسيو ، المرجع السابق ، بند 374 ، ص 210 ، وبريبل ، ج ، المرجع السابق ، ص 641 ، وهانسيو وجونار :
HANOTIAU (B) et JENARD (P), les clauses relatives aux contrats de l'avant - projet de la convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles, in le contrat économique international, Bruxelles , 1973, P. 49.

(2) في تحليل مفصل لهذه الأحكام ، يراجع : هانسيو ، المرجع السابق ، بند 376 وما بعده ، ص 251 وما بعدها .

و اذن ،فان القانون و القضاء الأمريكيين لا يمانعان حاليا في الأخذ بقانون الارادة سواء أكان تحديد القانون الواجب التطبيق قد تم صراحة أم أمكن استخلاصه من الظروف، فان لم يتم مثل هذا التحديد فانه يلجأ الى تطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالعقد .

و اذا ما تم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، فان هذا القانون يتسع مجاله حاليا ـ أى منذ دخول الرستاتمنت الثاني الى حيز التطبيق ـ ليحكم العقد بكامله ، بحيث أصبح هذا القانون يحكم شروط تكوين العقد وآثاره ، ولا يفلت من حكمه سوى المسائل المتعلقة بالتنفيذ لأنها تخضع لقانون محل التنفيذ ( الفقرة 206 من الرستاتمنت الثاني ) .

## الفرع الثالث

## الوضع في مجموعة دول أوروبا الشرقية

لقد أشرنا فيما سبق (1) الى أن دول الكوميكون قد توصلت عن طريق "الشروط العامة للتسليم لعام 1968" الى توحيد القواعد التي تحكم البيوع التي تتم بين مؤسسات دول الكوميكون . على أن ذلك لا يعني أن هذه الشروط العامة قد وضعت الحلول لكل المسائل التي قد تطرأ في الحياة العملية . ودليل ذلك أن واضعي هذه القواعد قرروا تكملة النقص الذى قد يشوبها بقانون وطني يتم تحديده باعتماد منهج التنازع . ومن قبيل ذلك ما تقضي به المادة 110 من هذه الشروط من ضرورة اللجوء الى تطبيق القانون

---

(1) تراجع ص 72 من هذه الرسالة .

الداخلي لدولة البائع بالنسبة الى علاقات الأطراف التي لم تنظمها هذه الشروط بصفة قطعية أو لم تنظمها بشكل كاف .

أما في اطار العلاقات التجارية التي تنشأ بين مختلف مؤسسات دول أوروبا الشرقية والدول الأخرى كالدول الغربية ودول العالم الثالث، فان العقود المنظمة لمثل هذه العلاقات تبقى خاضعة لقواعد التنازع الواردة بمختلف تشريعات دول الكوميكون . وكتطبيق لذلك، فاننا نأخذ مثالين، نستمد أولهما من القانون السوفياتي وثانيهما من القانون التشيكسلوفاكي .

**أولا : القانون السوفياتي (1) :**

لو رجعنا الى أسس تشريع الاتحاد السوفياتي لوجدناه يتضمن حكما هاما مؤداه اخضاع العقود الدولية لقانون محل الابرام ما لم يتفق السطرفان على تطبيق قانون آخر. فقد نصت المادة 126 من هذه الأسس على ما يلي :

" ان حقوق الأطراف والتزاماتهم، المترتبة على التصرفات التي يتم اجراؤها في مجال التجارة الخارجية، تتم تسويتها بتطبيق قانون محل اجراء التصرف، ما لم يقض اتفاق الطرفين بخلاف ذلك" (2).

وفي تحليل هذه المادة، يذهب الفقه الى أن الضابط الرئيسي يبقى قانون الارادة بحيث اذا لم يتم تحديد هذا القانون فانه حينئذ فقط يلجأ

---

(1) يراجع بهذا الصدد : L. Lunz, les règles de conflit dans les principes de droit civil de l'Union Soviétique, R. 1964, P. 635; H. Batiffol, données récentes de droit international privé des contrats en URSS, clunet 1975, P. 5 et suiv.

(2) وقد أوردنا هذا النص نقلا عن الترجمة الفرنسية التي أوردها الأستاذ : ليـنز لنص المادة 126، والتي صاغها على النحو التالي : " les droits et obligations des parties, dans un acte juridique de commerce extérieur, se règlent selon la loi du lieu où l'acte fut accompli, à moins que l'accord des parties n'en dispose autrement .", Lunz; art. préc. , P. 655.

الى قانون محل الابرام (1). على أن التساؤل يبقى مطروحا بصدد قانون الارادة، اذ يستوجب الأمر تحديد ما اذا كان يتعين الوقوف عند قانون الارادة الصريحة، فان انعدم مثل هذا الاختيار الصريح فانه يلجأ حينئذ وبصفة مباشرة الى تطبيق قانون محل الابرام، أو أنه يبقى بالامكان اعتماد قانون الارادة الضمنية أيضا.

وللاجابة على هذا التساؤل يقول الفقه بضرورة التوسع في ماهية قانون الارادة المعتمد في ظل المادة 126 الآنفة الذكر، بحيث يجب أن تنصرف هذه العبارة لتشمل كلا من "قانون الارادة الصريحة" و "قانون الارادة الضمنية" وهو اذ يقول بذلك، انما يستند الى ما استقر عليه العمل لدى هيأة التحكيم بموسكو التي درجت على اعتماد كل من الارادتين الصريحة و الضمنية (2).

ثانيا : <u>الوضع في القانون التشيكسلوفاكي</u> (3) :

لو حللنا أحكام القانون التشيكسلوفاكي ( وخاصة المواد 9 وما بعدها منه ) لوجدنا أن المبدأ العام والأساسي الذي يحكم الالتزامات العقدية حاليا في ظل هذا القانون هو أنها تخضع لقانون الارادة، أي أن للأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية ذات الطبيعة المالية،

---

(1) BENCHENEB (Ali) ; les mécanismes juridiques dans les relations commerciales internationales de l'Algérie, OPU, Alger 1984, N. 491, P. 271.

(2) في تأييد الرأي القائل بالتوسع في ماهية "قانون الارادة"، يراجع مقال العميد باتيفول بـ Clunet لعام 1975، ص 8. هذا ويجدر التنبيه بهذا الصدد الى أن هيأة التحكيم بموسكو ترفض الأخذ بما اصطلح على تسميته "بالارادة "المفترضة" و"بالارادة الاحتمالية". تراجع ملاحظات ل. لينز بالمجلة الفصلية للقانون الدولي الخاص لسنة 1964 ص 638.

(3) يراجع في ذلك على وجه الخصوص: Rudolph Bystricky, la codification tchéchoslovaque en droit international privé, Recueil de cours, académie de La Haye, 1968.I.Nº 123 , N. 10 et suiv.

ولو لم تكن للقانون المختار أية علاقة واضحة بالعقد المبرم [1]، طالما ثبت أنه ليس من شأن تطبيق هذا القانون تمكين الأطراف المتعاقدة من التهرب من الأحكام القانونية الآمرة الواردة بقوانينهم الوطنية، أو الى التهرب من الأحكام القانونية الآمرة الواردة بقانون دولة أخرى [2].

هذا، ومن المقرر في ظل القانون التشيكسلوفاكي أن اختيار الأطراف المتعاقدة قد يكون صريحا، كما أنه قد يكون ضمنيا، على أن الأخذ بالخيار الضمني لا يمكن أن يتم الا اذا كان بالامكان استخلاص الارادة الضمنية بصفة واضحة ومعبرة عن نية الأطراف المتعاقدة، فان تعلق الأمر بمجرد ارادة احتمالية استوجب الأمر حينئذ استبعادها.

واذن، فان القانون التشيكسلوفاكي يعتمد بالارادة الصريحة والضمنية. ولكن ما الحكم اذا لم يتم اختيار قانون لحكم العقد المبرم ؟

ان المقرر في هذا الصدد في ظل القانون التشيكسلوفاكي هو " تطبيق

---

(1) وباعتماد المشرع التشيكسلوفاكي لهذا الحكم في ظل قانون 1963، فانه يكون قد خالف ما كان يقضي به القانون السابق الصادر عام 1948 بتشيكسلوفاكيا. والذى كان يقصر حق الأطراف المتعاقدة على اختيار القوانين التي يتوافر لها ارتباط مع العقد المبرم (يراجع: ريد ولف بيستريكي محاضراته بأكاديمية لاهاي - المرجع السابق، ص 468). والواقع هو أن اعتماد المشرع التشيكسلوفاكي لهذا الحكم يخالف ما اعتمدته تشريعات الدول الاشتراكية الأخرى، كالقانون البولوني الصادر بتاريخ : 12/11/1965 تحت رقم : 46 لسنة 1965 الذى تطلب في مادته الـ 25 توافر صلة بين الالتزام والقانون المختار.

(2) يراجع في ذلك، ريد ولف بيستريكي، محاضراته بأكاديمية لاهاى - المرجع السابق - ص 469.

القانون الذي يؤدي الى اعطاء حل معقول للعلاقة القانونية موضوع الاعتبار"(1).

ولو حللنا هذه العبارة لوجدناها تتماشى مع ما هو مقرر في الكثير من الانظمة القانونية من أن القاضي هو الذي يتولى في مثل هذا الفرض تحديد القانون الواجب التطبيق، اما بتركيز العقد " ان استخدمنا المصطلح المعتمد لدى القضاء الفرنسي ، أو بتطبيق القانون الاكثر ارتباطا بالعقد " ان أخذنا بالاصطلاح المعتمد في ظل القضاء الانجلوسكسوني"(2).

على أن المشرع التشيكسلوفاكي لم يشأ أن يترك القاضي مجردا من كل مساعدة ، فقد وضع له سبعة ضوابط ليسترشد بها في حالة انعدام ارادة صريحة أو ضمنية لحكم العقد المبرم. ومن قبيل ذلك ما هو مقرر من اخضاع عقود البيع وعقود المقاولة لقانون الدولة التي يوجد بها مقر البائع أو المقاول وقت ابرام العقد (3).

---

(1) وهي العبارة المستخدمة من طرف الاستاذ: ريد ولف بيستر يكي في محاضراته بلاهاي، المرجع السابق،بند 11 ، ص 470.حيث يصرح بأنه "si les parties ne choisissent pas la loi applicable, leurs rapports d'obligation sont du ressort de la législation dont l'application correspond à un règlement raisonnable du rapport juridique respectif."

(2) ريد ولف بيستر يكي ،محاضراته بلاهاي،بند 11 ص 470 - 471.

(3) في تحليل هذه الضوابط،تراجع محاضرات الاستاذ :ريد ولف بيستر يكي بأكاديمية لاهاي، المرجع السابق،بند 11،ص 471. غير أنه اذا تعلق الامر بعقد لا يدخل ضمن طوائف العقود السبعة المنصوص عليها ،فان المقرر هو أن القاضي يطبق قانون الدولة التي يتحدد بها مركز الاعمال أو موطن الاطراف المتعاقدة. فان انعدم مثل هذا الضابط،فانه يلجأ الى تطبيق قانون محل الابرام اذا كان الامر متعلقا بعقد مبرم بين حاضرين ، فان كان قد أبرم بين غائبين،فانه يعمد حينئذ الى تطبيق قانون الدولة التي يتمركز بها مركز أعمال القابل أو موطنه .

وبدراستنا للقانون التشيكسلوفاكي ، نكون قد أعطينا نظرة موجزة عن الوضع المعتمد في الكثير من التشريعات المقارنة.

ومن خلال هذه النظرة السريعة يمكن التأكد من حقيقة مؤداها أن كل الأنظمة القانونية الوطنية تأخذ بقانون الارادة وان مجملها لا يقف عند مستوى قانون الارادة الصريحة ، بل يأخذ أيضا بقانون الارادة الضمنية. كما أن غالبية هذه الأنظمة القانونية تأخذ بفكرة تركيز العلاقة في حالة تخلف الخيار التشريعي الصريح أو الضمني وان كانت قد اختلفت في الوسيلة التي تعتمدها لتحقيق هذا التركيز ، وفي الضوابط التي تساعد القاضي على اجرائه.

واذا كان هذا هو الوضع العام ، فان لنا أن نبحث الآن عن وضع المسألة في ظل القانون الجزائري.

## الفرع الرابع

## الحكم في ظل القانون الجزائري (1)

لقد نص المشرع الجزائري على القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية من حيث الموضوع في ظل المادة 18 من القانون المدني. فنص في الفقرة

---

(1) يراجع في تحليل أحكام القانون الجزائري: الأستاذ: د. علي علي سليمان مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، بند 48 وما بعده، ص 106 وما بعدها

Mohand ISSAD, droit international privé, op. cit., T.1, op cit., P. 293 et suiv.; Ali BENCHENEB, les mécanismes..., op. cit., N.502 et suiv., P. 279 et suiv.; G. PEYRARD, la solution des conflits de lois en Algérie, R. 1977, P. 382-416 et spéc. PP411-414; G. Blanc, la loi applicable au contrat d'équipement industriel en Algérie; JCP 1980 (Etudes et documents). II. 13223; P. 733 et suiv. et note publiée in "les contrats internationaux de coopération industrielle et le nouvel ordre économique international", Collection travaux et recherches de l'institut de droit, de la paix et du développement, de l'Université de Nice, sous la direction de Jean d'Herbes, Jean Touscoz et autres, PUF 1980, P. 207 et suiv.; Bernard DUTOIT, le droit international privé dans le nouveau

الاولى من هذه المادة على أنه " يسرى على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذى ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر". وجاء بالفقرة الثانية منها " ان العقود المتعلقة بالعقار يسرى عليها قانون موقع (هذا العقار) ".

والواقع هو أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي على ضوء هذه المادة 18من القانون المدني ليس بالأمر الهين، وسنتناولها بالتحليل في فقرتين متتاليتين، فنبدأ بتحليل فقرتها الثانية لأنها لا تثير الكثير من الاشكالات، لنتعرض بعد ذلك بالتفصيل للحكم الوارد بفقرتها الاولى، خاصة وأنه يتمتع بمجال تطبيق واسع.

<u>أولا : تحليل الحكم الوارد بالمادة 18/ 2 مدني جزائري</u> :

أشارت الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الى القانون الواجب التطبيق على العقود المتعلقة بالعقار، فأوضحت أن هذه العقود تخضع لقانون موقع العقار. على أنه على رغم البساطة الظاهرة لهذا الحكم، فانه لا يزال موضوع نقاش فقهي يتعلق بتحديد المجال السليم لتطبيقه.

فالفقه الذى تعرض لهذه المسألة لم يتفق بعد على مجال تطبيق المادة 18/ 2 مدني جزائرى.

فقد ذهب فريق أول في الفقه الى أن المادة 18/ 2 مدني تطبق فقط على العقود التي تنشئ حقوقا عينية على العقار، وأن العقود التي تقتصر على ترتيب حقوق شخصية على هذا العقار تبقى خاضعة للحكم

---

=====code civil algérien du 26 Septembre 1975, Fesscherift für Günther Beitzke, Berlin,1979, Walter de Gruyter, P. 459 et suiv. et spéc. PP. 475- 476.

الوارد بالفقرة 1 من المادة 18 مدني (1). وهو ان يقول بهذا الرأي، انما يستند الى حجة مؤداها أن الحكم الوارد بالمادة 18/2 مدني يبقى مجرد استثناء على المبدأ العام المنصوص عليه في الفقرة 1 من نفس المادة . نعم ان الاتجاه المنادي بهذا الرأي لا ينكر أن الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- والذي تضمن مادة شبيهة في مضمونها بالمادة 18 مدني جزائري تتمثل في المادة 19 من القانون المدني المصري (2) قد نحت خلاف هذا الرأي، فقد ورد بهذه الاعمال التحضيرية ما يلي : "... (هناك) قسم (من العقود) يتعلق بأشياء لها ذاتية معينة تدخل فيها العقود المتعلقة بالعقارات .... فان تعلق الامر بعقار وجب تطبيق قانون موقع العقار (وهو ما تقضي به المادة 8 فقرة 2 من القانون البولوني" ويترتب على ذلك" ... أن جميع العقود المتعلقة بعقارات وان كانت مرتبة لحقوق شخصية تخضع لقانون موقع العقار، ويأتي الايجار في طليعة هذه العقود ..." (3).

---

(1) يراجع في ذلك : الأستاذ الدكتور علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، بند 47، ص ص 97-98، وبند 52، ص 117.

(2) والتي يجرى نصها على النسق التالي : "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه.
على أن قانون موقع العقار هو الذي يسرى على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

(3) تراجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج : 1، ص 289.

ولكن هذا الاتجاه يقرر أن مثل هذا التحليل المعتمد في ظل الاعمـال التحضيرية للقانون المدني المصرى غير مستقيم لانه يتجاهل حقيقة ما هو مقرر في القانون البولوني . وفي هذا الصدد يقرر الاستاذ : الدكتور علي علي سليمان ـ باعتباره أحد الفقهاء الذين عارضوا ما تم ايراده بهذه الاعمال التحضيرية ـ مايلي :

" وقد قيل في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصرى أن هذا الحكم ( أى الحكم الوارد بالمادة 19 مدني مصرى ) منقول عن القانون البولوني الصادر في سنة 1926 . ولو رجعنا الى هذا القانون لوجدنا أنه يخضع للقانون البولوني وحده ، كل عقد يرتب أو يغير أو ينهي حقوقا عينية على عقار في بولونيا ، سواء من حيث شكل العقد أو من حيث شروط صحته ، ولا يدخل في مفهوم هذا النص ما ينشىء مثل هذا العقد من حقوق شخصية " . وقد رتب الاستاذ الدكتور علي علي سليمان على ذلك "أنه يجب أن يتحدد نطاق الاستثناء المنصوص عليه بالمادة 18/ 2 من القانون المدني الجزائرى بما ينشىء العقد الوارد على عقار من حقوق عينيـة ينقلها أو ينهيها " (1).

واذن ، ففي ظل هذا الاتجاه الاول ، فان المادة 18/ 2 مدني جزائرى يجب أن ينحصر مجال اعمالها في الحقوق العينية العقارية وحدها . أما ما يرتبه العقد من حقوق شخصية فانها تبقى خاضعة للمبدا العام المنصوص عليه فـي المادة 18/ 1 مـدنـي .

واذا كان الفريق الاول في الفقه يستثني من نطاق تطبيق المادة 18/ 2 مدني العقود المتعلقة بعقارات والتي تقتصر على ترتيب حقوق شخصية فقط ،

---

(1) الاستاذ : الدكتور علي علي سليمان ، مذكرات . . ، المرجع السابق ، بند 47 ، ص 97 .

فان فريقا ثانيا ارتأى التوسيع من نطاق تطبيق المادة 18/ 2 هذه، بحيث جعلها تسرى بشأن كل العقود المتعلقة بعقار، أى سواء أكانت هذه العقود ترتب حقا عينيا عقاريا أم تقتصر على ترتيب حق شخصي عقارى (1).

والى جانب هذين الاتجاهين الفقهيين، ذهب فريق ثالث الى التوسيع من نطاق تطبيق المادة 18/ 2 مدني، وقرر تبعا لذلك أن عقد المقاولة نفسه متى كان متعلقا ببناء أو بصيانة عقار وكذلك عقد التأمين العقارى يمكن أن يخضعا أيضا للحكم المنصوص عليه في المادة 18/ 2 مدني، أى لقانون موقع العقار الذى يكون موضوعا لهذين العقدين (2).

والواقع هو أن هذا التفسير الموسع الذى يقول به هذا المنحى الفقهي الأخير يجد مصدره في عبارة " المتعلقة ( relatif à )" الواردة بالمادة 18/ 2 مدني اذ يقول بضرورة تفسيرها تفسيرا موسعا لتشمل كل العقود المنصبة على عقار. ومثل هذا التفسير، اذا ما تم اعتماده، فانه يؤدى بالتبعية الى اخضاع كل عقود الاستثمار التي تنفذ بالجزائر للقانون

---

(1) يراجع في ذلك: الاستاذ :علي بن شنب، مؤلفه في الوسائل القانونية... المرجع السابق، بند 503، ص ص 279-280. وهو نفس التفسير الذى اعتمده بعض الفقه في مصر وهو بصدد تحديده لمجال اعمال الفقرة 2 من المادة 19 مدني مصرى، يراجع في ذلك: د/عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2 المرجع السابق، بند 122 ص 372 وما بعدها، د/هشام علي صادق، مؤلفه في تنازع القوانين، المرجع السابق، بند 189، ص 632، ومؤلفه "دروس في القانون الدولي الخاص" ، بيروت، بند 121، ص 267، والدكتور:فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج 2 القاهرة 1974، بند 313، ص 383.

(2) في هذا الاتجاه، ج. بيرار، مقاله السابق، ص 413.

الجزائري باعتباره قانون موقع العقار لأن هذه العقود تنصب على مشاريع تقع بالاقليم الجزائري (1).

ثانيا : تحليل الحكم الوارد بالمادة 18/ 1 مدني جزائري :

على أنه اذا رجعنا الى المادة 18/ 1 مدني جزائري- وهي التي يتسع مجال تطبيقها في الناحية العملية لأن غالبية العقود الدولية تنصب على أموال مادية منقولة- فاننا نلاحظ أنها تثير الكثير من التساؤلات نحللها تباعا فيما يلي :

1 ) تحليل ضابطي الاسناد المعتمدين بالمادة 18/ 1 مدني :

لو رجعنا الى المادة 18/ 1 مدني لوجدناها تتضمن ضابطي اسناد ، يتمثلان في : محل الابرام ، وقانون الارادة . على أن هناك تساؤلين يثاران بهذا الصدد ويتعلقان بتحديد أي من الضابطين يتعين اعتباره ضابطا أصليا ، وبيان المقصود بقانون الارادة .

2 ) بيان ضابط الاسناد الأصلي المعتمد في المادة 18/ 1 مدني :

الواقع هو أن هناك بعض الصعوبة في استجلاء ضابط الاسناد الأصلي من بين الضابطين اللذين تضمنتهما المادة 18/ 1 مدني ، ولذلك فلا غرابة في أن نجد الفقه مختلفا وهو بصدد تعرضه لهذه المسألة .

فبينما يرى جانب من الفقه أن ضابط الاسناد الأصلي في القانون الجزائري

---

(1) في تحليل هذه المسألة/علي بن شنب، المرجع السابق، بند 504، ص ص 280-281، وج مبلان، القانون الواجب التطبيق على عقد التجهيز الصناعي بالجزائر، المقال السابق، بند 22 ، ص ص 77-78.

يـتي قانون محل الابرام ، و ان قانون الارادة ليس الا ضابطا ثانويا ، بحيث لا يلجأ الى اعماله الا اذا تعذر اعمال ضابط الاسناد الأصلي المتمثل في محل الابرام (1).

فان جانبا آخر من الفقه ، وهو الذي يمثل الاتجاه الغالب، يذهب الى أن ضابط الاسناد الأصلي يجب أن يتحدد بقانون الارادة ، وأن ضابط محل الابرام لا يتدخل الا اذا استحال اعمال هذا القانون (أي قانون الارادة )(2).

وفي رأينا ،أنه يتعين اعطاء الغلبة للرأي الثاني ،استنادا الى الحجج التالية:

- انه اذا رجعنا الى الأحكام الواردة بالقانون المدني الجزائري،فاننا نلاحظ أن المشرع الجزائري لا يزال يعطي لارادة الأطراف دورا هاما في العلاقات التعاقدية ،وان كان قد رسم لهذه الارادة الاطار الذي يمكنها من أن تتدخل فيه (3).

كما أن الحكم الوارد بالمادة 18/ 1 مدني مطابق للحكم الوارد بالمادة : 126 من القانون السوفياتي ، وقد سبق أن أوضحنا أن الفقه مستقر بالاتحاد السوفياتي على الاعتداد بقانون الارادة وتفضيله على قانون محل

---

(1) G. Peyrard, art. préc., P. 382.

(2) أ :محند أسعد / القانون الدولي الخاص،ج : 1 ،المرجع السابق ،ص 294 ، أ :علي بن شنب/ المرجع السابق ،بند 506 ،ص ص 281-282.

(3) في تأكيد هذه الحقيقة ،يراجع رسالة الماجستير للأستاذة : HADJ-SAHRAOUI Naïma, principe d'autonomie de la volonté dans le droit contractuel algérien, Mémoire de Magister, Droit privé, Université d'Oran, Mars 1983.

الابرام بحيث لا يلجأ لاعمال هذا الضابط الاخير الا اذا تعذر استخلاص قانون الارادة (1).

يضاف الى ذلك أن القانون المدني المصري ، باعتباره مصدرا ماديا هاما للقانون المدني الجزائري ، قد أخذ أصلا بقانون الارادة . فقد نصت مادته الـ 19 على أنه " يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه . " فهذه المادة صريحة في اعتماد قانون الارادة الصريح أو الضمني كأصل عام ، و أنه لا يعدل عن هذا الضابط الى غيره من الضابطين الآخرين المتمثلين في : قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ، أو قانون محل الابرام ، الا اذا تعذر استجلاء ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية (2).

و الى جانب هذه الاعتبارات فان أغلب التشريعات متفقة حاليا على اخضاع العقد لقانون الارادة ، و ان اعتمادها لهذا المبدأ كان حصيلة تطور كبير . فلو رجعنا الى التطور التاريخي الذي لحق مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من حيث الموضوع ، فاننا نجد أن الأهمية القصوى قد أعطيت لارادة الأطراف المتعاقدة ، بل وان التشريعات التي أخذت بضوابط

---

(1) يراجع ما سبق ص 168 من هذه الرسالة .

(2) في هذا التحليل : د . هشام علي صادق / تنازع القوانين ، ط3 ، القاهرة 1974 ، بند 174 و مابعده ، ص 654 و مابعدها . د . عزالدين عبد الله / القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 133 ، ص 421 .

أخرى قد حاولت أن تبرر اعتمادها لهذه الضوابط على أساس أنه يفترض فيهما مطابقتهما لارادة الأطراف المتعاقدة . ودليل ذلك هو أن فقهاء المدرسة الايطالية القديمة وان كانوا قد قالوا باخضاع العقد من حيث الموضوع لقانون محل ابرامه فانهم كانوا يعتمدون هذا الضابط على أساس أن ارادة المتعاقدين قد اتجهت ضمنا لتطبيق هذا القانون ، وهو نفس المنحى الذى اعتمده القضاء الأمريكي لأمد ليس باليسير (1) .

كما أن الفقهاء الذين أولوا عنايتهم للقانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي قد ركزوا على ارادة الأطراف المتعاقدة ، فلم يقفوا عند مستوى الارادة الصريحة بل ارتأوا الأخذ أيضا بالارادة الضمنية للأطراف، وهو ما سايرهم فيه قضاء الكثير من الدول ، الذى ذهب بعضه ، سعيا منه الى تقديس ارادة أطراف العقد ، الى الغوص في أعماق هذه الارادة ومن ثم قرر الأخذ بالارادتين المفترضة والاحتمالية . أضف الى ذلك أن كل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعقود الدولية قد تبنت بدورها قانون الارادة .

واذن ، فان "قانون الارادة" قد أصبح مبدأ مقدسا وقد استقر بعد جدل طويل ، وأصبح مبدأ يمكن أن يوصف "بالعالمية" ، فليس من المعقول أن يتخطى المشرع ذلك كله ، ليرجع الى الأخذ بقانون محل الابرام الذى هجر في أغلب الأنظمة القانونية المعاصرة . ذلك أن محل الابرام كثيرا ما يكون عنصرا عارضا ، كما أن اعتماد مثل هذا الضابط يسمح بفتح باب التحايل للأطراف المتعاقدة ، اذ يكفيها أن تدعي أن العقد قد أبرم بدولة ما

---

(1) يراجع ما سبق ص 162 من هذه الرسالة .

لتتوصل الى تطبيق قانون هذه الدولة ، و هو أمر يصعب التأكد من مدى صحته .

نعم ، اننا لا ننكر أن العقود ذات القيمة الجسيمة كثيرا ما تستفيد بحيز ثابت . و لكن لا يجب الارتكان الى هذه الملاحظة للقول بأهمية ضابط محل الابرام ، ذلك أنه لا يجب أن ننسى أن مثل هذه العقود قليلة العدد اذا ما قورنت بالعقود الدولية ، كما أنها تفتح المجال أمام اشكالات أخرى أهمها تحديد مكان الابرام في اطار العقود الدولية التي تبرم في الوقت الحاضر عن طريق المراسلة و الهاتف و التلكس(1) .

هذا ، و ما دمنا نتحدث عن الضابط الاحتياطي ، فاننا كنا نؤثر أن يعمد المشرع الى اعتماد ضابط محل التنفيذ بدلا من ضابط محل الابرام . فمثل هذا الضابط هو الذي يحقق مصلحتنا من الناحية الاقتصادية ، اذ أنه يسمح بتطبيق القانون الجزائري على كل العقود الدولية التي تبرمها الجزائر حاليا في اطار تحقيق عملية التنمية الاقتصادية . كما أن محل التنفيذ هو الذي تتركز فيه العملية المبتغى تحقيقها من وراء ابرام العقد ، و ذلك على خلاف محل الابرام الذي قد يكون - كما أسلفنا - مجرد عنصر عارض .

واذن ، فالمشرع الجزائري قد اعتمد ، كما أوضحنا ، بقانون الارادة كضابط اسناد رئيسي ، وضابط محل الابرام يبقى ضابطا استثنائيا فقط . لكن تأكيد مثل هذه الحقيقة لا يحل كل اشكال ، اذ يبقى لزاما علينا أن نتساءل عن ماهية قانون الارادة في ظل القانون الجزائري .

---

(1) يراجع بشأن الأحكام المطبقة في اطار تنازع القوانين الذي قد يطرأ بشأن العقود المبرمة بين غائبين ، ما سيأتي تحليله بصفحتي 200 - 204 من هذه الرسالة .

ب) تحديد ما هية قانون الارادة على ضوء المادة 18/1 مدني :

لو رجعنا الى المادة 18/1 مدني ،فاننا نلاحظ أن المشرع الجزائري ، و ان كان قد اعتمد قانون الارادة ، فانه استخدم عبارة غير واضحة بهذا الخصوص . فالعبارة " ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر" عبارة غامضة ، وهي تدعونا الى التساؤل عما اذا كان مشرعنا يؤثر الوقوف عند الارادة الصريحة وحدها كما قد يفيد ذلك ظاهر صياغة هذه العبارة ، أو انه يتعدى ذلك للأخذ بالارادة الضمنية أيضا .

الواقع أنه لو رجعنا الى العقود التي أبرمتها الجزائر في اطار عملية التنمية الاقتصادية ، لوجدناها تتضمن في غالبيتها الساحقة بندا يحدد صراحة القانون الواجب التطبيق(1). على أن ذلك لا يمنع من أنه قد تطرأ حالات تشمل عقودا خالية من مثل هذا البند . وفي مثل هذه الفروض يثار حتما تساؤل هام يتعلق ببيان ما اذا كان يتعين البحث عن قانون الارادة الضمنية ،أو أنه يجب أن يلجأ مباشرة الى تطبيق قانون محل الابرام؟

لقد سبق أن أثير هذا التساؤل من قبل بعض الفقه الذى تعرض لتحليل أحكام المادة 18/1 مدني وتفرق في ذلك شعبا .

فقد ذهب جانب أول منه الى وجوب الاعتداد بالارادة الضمنية أيضا على أساس أن لهذه الارادة مكانة هامة في ظل النظام القانوني الجزائري(2).

---

(1) Mohand ISSAD, les techniques dans les accords de développement économique...,op. cit.,PP. 193-194; G. BLANC , la loi applicable aux contrats d'équipement industriel en Algérie, op. cit., N. 4 et suiv.

(2) الاستاذ علي علي بن شنب/المرجع السابق ،البندان 508و 509 ، ص 283.

و ارتأى فريق ثان الوقوف عند حد الارادة الصريحة لأنّ المشرع في نظره لم يستخدم ما يوحي أخذه بالارادة الضمنية كما فعل المشرع السوري الذي قرر اعتماد القانون الذي يمكن " استخلاصه من ظروف التعاقد " الى جانب القانون المختار صراحة لحكم العقد المبرم (1).

في حين أن فريقا ثالثا ترك المسألة رهينة بموقف القضاء لانه هو وحده ، في نظره، الذي تكون له كلمة الفصل في هذا الموضوع الشائك (2).

وفي رأينا أنه في ظل القانون الجزائري ، يتعين الأخذ أيضا بقانون الارادة الضمني الى جانب قانون الارادة الصريح . وسندنا في ذلك ما يلي :

(1) ان المشرع الجزائري قد أخذ في القانون المدني بكل من الارادتين : الصريحة و الضمنية . ودليل ذلك أن المادة 60 من القانون المدني تضمنت النص على الارادة الضمنية بقولها :

" التعبير عن الارادة يكون باللفظ ، و بالكتابة أو بالاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه .

ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا " .

---

(1) G. BERLIOZ , le code civil algérien de 1975 et les contrats internationaux , publié dans "Droit et pratique du commerce international (DPCI)", Avril 1978, P. 8 6 ؛

وفي هذا المعنى أيضا ، الأستاذ : محمد أسعد / مؤلفه في تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 297 حيث ارتأى أنه ليس هنالك ما يمنع من الأخذ بقانون الارادة الضمني اذا كانت هناك عناصر كافية تسمح بربط العقد بنظام قانوني معين .

(2) G. Peyrard, art. préc.; P. 412.

فهذه المادة صريحة اذن في أن المشرع الجزائري قد أخذ بالارادة الضمنية الى جانب الارادة الصريحة في اطار النظرية العامة للعقد . و هو حكم لا يتعين قصر مجال تطبيقه على المجال الداخلي فقط بل يجب أن يعمل به أيضا حتى في اطار المجال الدولي .

(2) ان المادة 18/ 1 من القانون المدني الجزائري تجد مصدرها في المادة 126 الواردة بالقانون السوفياتي ، و هي مادة كما لاحظنا ذلك آنفا تم تفسيرها على أنها تتضمن كلا من قانوني الارادتين : الصريحة و الضمنية (1).
كما أن المادة 19 من القانون المدني المصري ، التي وردت في ظل قانون يعتبر المصدر المادي المباشر للقانون المدني الجزائري تعتد هي بدورها بقانون الارادة الضمنية أيضا ، و هو ما يمكن التأكد منه من مراجعة نص هذه المادة (2).

و استنادا الى هاتين الحجتين ، فاننا نعتقد أن المشرع الجزائري قد اعتد بقانون الارادة بنوعيها : الصريحة و الضمنية ، كضابط اسناد رئيسي .

ج ) بيان مجال تطبيق قانون الارادة في القانون الجزائري :

اذا كان المشرع الجزائري قد اعتد بقانون الارادة و اعتبره ضابط اسناد رئيسيا لحكم العقود الدولية بموجب المادة 18/ 1 مدني ، فانه قد أورد عليه قيودا تتمثل في عدم مخالفة هذا القانون متى كان أجنبيا ، للاتفاقيات الدولية النافذة بالجزائر ( المادة 21 مدني ) و للنظام العام و الآداب بالجزائر (المادة 24 مدني ) كما أنه يشترط ألا يكون الطرفان قد استهدفا من وراء اختيارهما

---

(1) يراجع ما سبق ص 169 من هذه الرسالة .

(2) يراجع نص المادة 19 مدني مصري ،بصفحة 174هامش(2) من هذه الرسالة .

لقانون دولة ما التهرب من قوانين الأمن و البوليس المعمول بها في الجزائر (المادة 5 مدني ) أو التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا اعمالا للقاعدة الشهيرة التي تقرر أن " الغش يفسد كل تصرف" (1).

---

(1) وقد ارتأينا اعتماد هذه القاعدة كوسيلة لمنع الأطراف المتعاقدة من التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا ، لأن هذه القاعدة تسمح بتقرير بطلان كل من الغاية و الوسيلة التي استخدمت لتحقيق هذه الغاية غير المشروعة في اطار التصرفات القانونية و ذلك بمنع الخيار من ترتيب الآثار المقصودة منه .

هذا و نشير الى أننا لا نساند بهذا الصدد ما ذهب اليه بعض الفقه من القول بان اعتماد نظرية الغش نحو القانون يمكن أن يجد مصدرا له في المادة 41 من القانون المدني المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق ( يراجع في هذا الاتجاه : ج .بيرار ، المقال السابق ، ص 385 ) . ذلك لأن الغش نحو القانون يختلف عن التعسف في استعمال الحق في نقطتين ، أولاهما : أن من يتعسف في استعمال الحق المقرر له يتعسف ضد مصلحة فردية ، بينما الغاش نحو القانون يتعسف نحو مصلحة عامة يمثلها القانون العام ، و ثانيتهما : أن الضرر الذي يترتب على التعسف في استعمال الحق يلحق مصلحة شخصية ، في حين أن الضرر الذي يتولد عن الغش نحو القانون يصيب مصلحة عامة ( يراجع في ذلك : الأستاذ الدكتور علي علي سليمان ، مذكرات . . . المرجع السابق ، بند 64 ، ص 161 ).

كما أننا لا نؤيد ما ذهب اليه بعض الفقه من ضرورة ادراج الغش نحو القانون بالجزائر ضمن فكرة النظام العام ( يراجع في هذا المنحى : الأستاذ :علي بن شنب/ المرجع السابق ، بند 507 ، ص 282 ) ، ذلك أن الدفع بالنظام العام يراد به تجنب تطبيق مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلا لكونه يتنافى مع قانون القاضي دون اشتراط توافر عنصر الاحتيال ، في حين أن الغش نحو القانون يتطلب توافر عنصر يقوم على وجود احتيال يرتكبه ذوو الشأن . كما أنه مما يؤكد اختلاف كلا الدفعين ، هو أن النظام العام لا يثار الا لصالح قانون القاضي ، في حين أن المعتمد حاليا هو أن الغش نحو القانون يتم اعتماده ، سواء تم ارتكاب الغش نحو القانون ازاء قانون القاضي أو ازاء قانون أجنبي ( في تفاصيل ذلك : الأستاذ الدكتور علي علي سليمان مذكرات . . . المرجع السابق ، بند 67 ، ص 166 ).

على أنه في غير هذه الحالات الأربع، فان المشرع الجزائري قد أطلق العنان لنص المادة 18/1 مدني . ولذلك يحق لنا أن نثير الكثير من التساؤلات في هذا الاطار فيما يلي :

(1) هل يشترط توافر صلة بين القانون المختار والعقد المبرم ؟

لقد سبق أن حللنا هذا التساؤل على ضوء الأنظمة القانونية المقارنة ، واتضح لنا أن غالبية هذه الأنظمة متفقة على تطلب توافر صلة ما بين القانون المختار والعقد المبرم . فاذا ما استثنينا القانون التشيكسلوفاكي الساري المفعول منذ 1964/04/01 ومشروع القانون السويسري، فان كل الأنظمة القانونية تستبعد القانون المختار متى اتضح أن هذا القانون لا يرتبط بالعقد المبرم، لأن انعدام مثل هذا الترابط" يعتبر قرينة على التهرب من القانون الواجب التطبيق على العقد، وغشا نحوه، ولذلك فانه لا يعمل باختيار (الأطراف المتعاقدة)" (1).

على أنه بالرجوع الى المادة 18/1 مدني ، فاننا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد سكت عن هذه المسألة. وفي نظرنا يتعين تطلب توافر صلة ما بين العقد المبرم والقانون المختار لحكمه، أو على الأقل بين هذا العقد والمتعاقدين، لأن انعدام مثل هذه الصلة يعتبر في حد ذاته دليلا على توافر تحايل لدى طرفي العقد " بقصد التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا " (2). كما أن

---

(1) أستاذنا الدكتور علي علي سليمان ،مذكرات... ،المرجع السابق ،بند 50، ص 116، وفي هذا التعليل أيضا ،الاستاذ :محند أسعد / تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 98.

(2) يراجع في هذا التعليل أستاذنا الدكتور علي علي سليمان ،مذكرات... بند 50 ص 116.

تتطلب توافر هذه الصلة يمنع كلا من الطرفين المتعاقدين من فرض القانون الذي يحقق الحماية القصوى لمصالحه على حساب الطرف المتعاقد معه [1].

(2) هل من شأن الاختيار تحويل القانون المختار الى مجرد بند تعاقدي؟

لقد سبق أن أثرنا هذا التساؤل أيضا في ظل الفقه و القضاء الفرنسيين [2] وبينا أن الاتجاه الحديث يمانع في اعتبار القانون المختار لحكم العقد نوعا من البنود التعاقدية ، أي أن القانون المختار لحكم العقد يبقى محتفظا بصفته كقانون .

و مثل هذا الحكم يتعين في نظرنا اعتماده أيضا في ظل النظام القانوني الجزائري ، ذلك أنه اذا كان أطراف العقد يعطون الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق ، فليس ذلك يعني أن ارادة الأطراف المتعاقدة تصل الى حد تجريد القانون المختار من صفته القانونية .

(3) هل من حق الأطراف المتعاقدة تجميد أحكام القانون المختار لحكم العقد ؟

قد يحدث أن يختار الطرفان المتعاقدان القانون الجزائرى مثلا لحكم عقدهما كقانون ارادة صريحة ، فيثار حينئذ تساؤل جوهرى مؤداه : هل يتمتع هذان الطرفان بحق اشتراط تطبيق أحكام هذا القانون السارية المفعول وقت ابرام العقد وحدها فقط؟

الواقع هو أن هذا التساؤل الذى نطرحه يكتسي أهمية بالغة بالنسبة الى

---

(1) في هذا المعنى : الأستاذ : محند أسعد ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 299 .

(2) يراجع ما سبق ص 84 وص 125 من هذه الرسالة .

ما اصطلح على تسميته بعقود الدولة ، اذ لوحظ أن الكثير من المستثمرين الأجانب يسعون الى حماية أنفسهم مسبقا فيشترطون على الدولة التي يتعاقدون معها تطبيق الأحكام الواردة بقانون هذه الدولة وقت ابرام العقد فقط. ومثل هذا الشرط كثير الوقوع في عقود التجهيز التي تتجاوز في تنفيذها مدة السنة والتي أبرمتها الجزائر، فغالبا ما يتم ايراد بند في هذه العقود تتم صياغته على النحو التالي :

" ان تفسير وتنفيذ هذا الاتفاق يتم طبقا للقوانين واللوائح السارية المفعول بالجزائر وقت توقيع الاتفاق ".

ونحن نرى أن مثل هذه الشروط واجبة الاستبعاد . ففضلا عن تعارضها مع سيادة الدولة التي تسمح لها بتعديل قوانينها وفقا لما يتماشى ومصالحها ، فانها لا تستقيم والتفسير السليم للمادة 18/1 مدني ، ذلك أن هذه المادة تسمح لطرفي العقد فقط باختيار قانون لحكم عقدهما ، ولكنها لا تعطيهما اطلاقا الحق في تجميد القانون الواجب التطبيق (1). كما أن الأخذ بهذا التعليل يؤدي الى تبني نظرية ادماج القانون في العقد ، وهي نظرية ليس هناك ما يبررها في الوقت الحاضر حتى في ظل الدول التي لا تزال تعتمد في اقتصادها على المبدإ المتحرر.

د ) نطاق اعمال قاعدة الاسناد الواردة بالمادة 18/1 مدني :

بعد أن أوضحنا التفسير الذي نراه واجب الاعتماد حين تطبيق المادة

---

(1) في هذا المنحى : يراجع الأستاذ علي بن شنب / المرجع السابق ، بند 526 ، ص 292.

18/1 مدني و الذى يقوم على أساس الاعتداد بقانون الارادة بداءة مع الأخذ بقانون الارادة الصريحة،فان تخلف مثل هذا الخيار فاننا نعدل عنه الى قانون الارادة الضمنية ، فان لم تسعفنا ظروف التعاقد في استخلاص هذه الارادة فاننا حينئذ فقط نعمد الى تطبيق قانون محل الابرام . وسنقوم الآن بتحديد مجال تطبيق المادة 18/1 مدني .

ولتحديد هذا المجال ، فاننا نحلل ذلك في فقرتين ، نتناول في أولاهما المسائل و العقود التي تخرج عن نطاق قانون العقد ، ثم نتعرض في ثانيتهما للمسائل التي درج العمل على اخضاعها لقانون العقد .

(1) بيان المسائل و العقود التي تخرج من مجال المادة 18/1 مدني :

أ) تحديد المسائل التي تخرج من نطاق المادة 18/1 مدني :

- شكل العقد : يخضع شكل العقد ، كما هو المقرر بالنسبة الى كل التصرفات القانونية ،للحكم الوارد بالمادة 19 مدني ، التي تنص على ما يلي : "تخضع العقود ( و الأصح التصرفات القانونية ) ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ،ويجوز ( وهو الأصح ) أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك ( أى قانون الجنسية المشتركة ) للمتعاقدين " (1).

ونشير بهذا الصدد الى أمرين ،أولاهما :أن المشرع الجزائرى قد جعل من قاعدة " لوكيس" قاعدة اختيارية ، فأعطى الخيار للطرفين المتعاقدين

---

(1) يجرى نص المادة 19 مدني جزائرى في صياغتها الفرنسية على النحو التالي :
" Les actes entre vifs, sont soumis, quant à leur forme, à la loi du lieu où ils ont été accomplis. Ils peuvent être également soumis à la loi nationale commune aux parties."

في اخضاع شكل عقدهما لقانون محل الابرام أو لقانون جنسيتهما المشتركة.

وباعتماده هذا الموقف، يكون المشرع الجزائري قد تبنى موقفا وسطا. فهو لم يضف على قاعدة لوكيس طابعا الزاميا كما هو مقرر في ظل القانون البرتغالي، ولم يكثر التعداد في ضوابط الاسناد كما فعل المشرع المصري الذي أعطى بموجب مادته الـ20 للطرفين المتعاقدين حق الخيار بين قوانين أربعة، اذ نصت هذه المادة على ما يلي: " العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك ".

وثانيهما: أن الشكل المقصود في المادة 19 مدني جزائري هو الشكل المتطلب لاخراج الارادة الى العالم الخارجي، أو كما يقرر الفقيه سافيني هو المظهر الخارجي الذي تبين به الارادة وتظهر بحيث تقع تحت البصر (1). وبناء على ذلك، فان هناك عدة أشكال لا تخضع للحكم الوارد بالمادة 19 مدني هذه، تتمثل في: اجراءات التقاضي التي استقر العمل على اخضاعها لقانون القاضي لتعلقها بسير مرفق عام هو مرفق القضاء، والشكل المتطلب لقيام العقد الذي يخضع لنفس القانون الذي يحكم العقد من حيث الموضوع (2). كما أنه

---

(1) يراجع في ذلك: د/علي علي سليمان، مذكرات...، المرجع السابق، بند 46، ص 87.

(2) وان كان بعض الفقه في مصر، مسايرة للفقه الفرنسي، يرى أنه فيما يتعلق بمدى لزوم الشكل أو عدم لزومه، يجب الرجوع الى قاعدة لوكيس أيضا وان كان يؤكد أن مثل هذا المنحى يتعارض مع الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، يراجع في ذلك: د/هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، بند 81، ص ص 184-185، ومؤلفه في تنازع القوانين، المرجع السابق، بند 103، ص ص 384-385.

يفلت من هذه المادة كل من الأشكال المكملة للأهلية ( (formes habilitantes التي ارتأى البعض اخضاعها للقانون الذي يحكم جنسية الشخص المشمـــول بالحمـاية (1)، في حين آثر البعض الآخر اخضاعها لنفس القانون الذي يحكم موضوع التصرف على أساس أن " هذا النوع من الاشكال يرتبط ارتباطا كاملا بموضوع التصرف الذي يراد القيام به وبالتالي فانه يخضع للقانون الذي يحكـم موضوع التصرف ذاتـه" (2)، و الأشكال المتعلقة بشهر التصرفات العقارية التي تخضع لقانون موقع العقار لانها شرعت لاعلان من يهمهم الامـر و لـضمان سلامـة المعاملات العـقارية .

- أهلية التعاقـد : ان المقرر في هذا الصدد ، هو أن أهلية التعـاقـد تخضع لحكم المادة 10 من القانون المدني ، أي لقانون الجنسيـة (3).

---

(1) الدكتور علي علي سليمان ، مذكرات . . . المرجع السابق، بند 46، ص 86. و اذا ما تم اعتماد هذا الرأي بالجزائر، فان ذلك يترتب عليه تطبيـــق المادة 15 مدني التي تنص على ما يلي : "يبين قانون الشخص الـذي تجب حمايته القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية و الوصاية و القوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية المحجورين و الغائبين " .

(2) د/فؤاد عبد المنعم رياض و الدكتورة سامية راشد ، الوسيط، ج 2 ، المرجع السابق، بند 320 ، ص 393.

(3) و نلاحظ بهذا الصدد أن مشرعنا بمقتضى المادة 10/ 1 مدني قد اعتمد أسلوب الصياغة الآحادية ، مسايرا في ذلك مسلك المشرع الفرنسي في المادة 3/ 3 من القانون المدني ، و نص بهذا الصدد على ما يلي : "تســـري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم على الجزائريين و لو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية" ، على أن اعتماد المشرع لهذه الصياغة لا يمنعنا من استخلاص قاعدة مزدوجة من هذه المادة بصدد الأهلـية مؤداها اخضاع الأهلية لقانون الجنسية ، فطالما أن الجزائريين يخضعـون لقانون جنسيتهم ، أي للقانون الجزائري ، حتى لو وجدوا بالخارج ، فان ذلك لا يمنع الأجانب من الخضوع لقانون جنسيتهم حتى لو وجدوا بالجزائر أي خارج دولتهم ، فيما يخص أهليتهم .

نعم، ان بعض الفقه، وخاصة الانجلسكسوني منه، ارتأى اخضاع أهلية التعاقد لنفس القانون الذي يحكم بقية أركان العقد، أي لقانون العقد، باعتبارها تعتبر من الاركان المتطلبة لقيام العقد (1). على أن مثل هذا الرأي لا يمكن اعتماده، في ظل قانوننا، لأن أهلية التقاعد تعتبر عندنا لصيقة بالشخص، كما أن عدم الأهلية العامة اذ يتقرر فانما يراد به حماية الشخص الذي لم تكتمل أهليته بعد أو حال دون كمالها أحد العوارض المنقصة أو المعدمة لها. أي أن عدم الأهلية العامة اذ يتقرر قانونا، فانما يقصد به حماية الشخص ذاته وليس حماية تصرف معين بذاته، الأمر الذي يتعين معه اخضاعها لقانون لصيق بهذا الشخص يتمثل عندنا في قانون الجنسية (2).

(ب) تحديد العقود التي لا تخضع لحكم المادة 1/18 مدني :

واذا حاولنا تحديد نطاق الحكم الوارد بالمادة 1/18 مدني بالنسبة الى العقود، فانه يتضح لنا أن هناك طوائف من العقود تفلت من الخضوع لهذه المادة، وهي طوائف يمكن حصرها فيما يلي :

---

(1) يراجع في ذلك : العميد باتيفول، رسالته المتعلقة بالعقود الدولية، المرجع السابق، بند 365.

(2) أما فيما يتعلق بموانع التصرف (أو كما يسميها البعض بعدم الأهلية الخاصة)، فانها تخضع لنفس القانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته. وسبب ذلك أن أهلية الأداء مناطها الادراك والتمييز، وتهدف القواعد المتعلقة بها، كما ذكرنا بالمتن الى حماية الشخص ذاته. أما في حالة عدم الأهلية الخاصة، فان المنع يتعلق بتصرف معين ومحدد ومقصود لذاته، ولا يتعلق بنقص ارادة الشخص الذي يقوم بهذا التصرف، لذلك فان الأمر يستوجب اخضاع عدم الأهلية الخاصة لنفس القانون الذي يحكم التصرف. يراجع في ذلك : د/علي علي سليمان، مذكرات... المرجع السابق بند 39 ص 95، د/هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، بند 108، ص 231.

1 ) العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية كعقد الزواج و الهبة (1) ، فانها لا تدخل في نطاق مضمون الفكرة المسندة للمادة 18/1 مدني ، و تندرج ضمن أفكار مسندة أخرى ، كالمادة 11 مدني فيما يتعلق بعقد الزواج من الناحية الموضوعية ، لأنّ المقصود بالعقود التي تندرج ضمن الفقرة 1 من المادة 18 هي العقود المتعلقة بالمعاملات المالية وحدها .

2 ) العقود التي ترتب حقوقا عينية على العقار ، اذ أنها تخضع للفقرة 2 من المادة 18 مدني الآنف ذكرها (2) . أما الحقوق الشخصية العقارية فبامكانها أن تخضع للفقرة 1 من هذه المادة اذا ما أخذنا بالتفسير الذي قال به بعض الفقه في هذا المضمار (3) .

3 ) العقود التي يتدخل المشرع بشأنها و يتولى تنظيمها تنظيما آمرا لاعتبارات سياسية و اقتصادية و اجتماعية معينة . و المثال التقليدي الذي درج على اعتماده في هذا الاطار يمكن في عقد العمل ، اذ يرى الكثير من الفقهاء استبعاد قانون الارادة - باعتباره ضابط الاسناد المعول عليه في الكثير من الأنظمة القانونية لحكم العقود الدولية - من المسائل التي تطرأ بالنسبة الى هذا العقد لاخضاعها لقوانين أخرى .

---

(1) اذ اعتبرها المشرع الجزائري من قبيل موضوعات الأحوال الشخصية ، على خلاف المشرع المصري الذي أخضعها لنفس الأحكام المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة المالية . تراجع في ذلك : المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري الصادر بالقانون رقم 84-11 المؤرخ 9 يونيو 1984 ، و المنشور بالجريدة الرسمية ، العدد 24 ، الصادر بتاريخ 12 يونيو 1984 .

(2) يراجع ما سبق ص173 وما بعدها من هذه الرسالة .

(3) يراجع ما سبق ص ، 175 من هذه الرسالة .

ولو حللنا هذه المسائل لامكننا تحديدها بما يلي :

* عقد العمل : وفيما يتعلق بهذه المسألة ، فان آراء الفقهاء قد تشعبت بصددها خاصة بفرنسا . فقد ذهب البعض الى القول باخضاع عقد العمل لقانون محل ابرامه على أساس أن هذا القانون يتطابق في الغالب مع موطن المتعاقدين . و اتجه فريق ثان الى القول بتطبيق قانون الجنسية المشتركة لطرفيه ان اتحدا جنسية . وفضل فريق ثالث اعمال قانون مقر المشروع أو المنشأة ، ونحا فريق رابع نحو اخضاع عقد العمل لقانون محل تنفيذه ، لأن هذا القانون هو وحده الذي يحقق الحماية الآمرة التي يبغى المشرع تحقيقها للطبقة العاملة . أما الفريق الفقهي الخامس فقد قال بوجوب التفرقة ما بين المسائل التنظيمية لعقد العمل و مسائله غير التنظيمية ، فأخضع الأولى لقانون محل تنفيذ العقد ، و الثانية لقانون الارادة (1).

ولو رجعنا الى قانوننا المدني ، لوجدنا أن مشرعنا قد أتى بحكمين هامين ، ورد أولهما بالمادة 10/2 مدني في عجزها التي نصت على أن "الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات و جمعيات و مؤسسات و غيرها التي تمارس نشاطا في الجزائر فانها تخضع للقانون الجزائري" ، وورد ثانيهما بالفقرة 6 من المادة 50 مدني التي نصت بدورها على ما يلي : "الشركات التي يكون

---

(1) يراجع في عرض هذه الآراء : د / هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، بند 190 ، ص 689 و ما بعدها ، و تعليقه على حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ : 5 أبريل 1967 ، منشور بمجموعة دراسات للمؤلف تحت عنوان : "دراسات في القانون الدولي الخاص" ، طبعة : 1 بيروت 1981 ، ص 197 و ما بعدها .

مركزها الرئيسي في الخارج ، ولها نشاط في الجزائر، يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي ( أى الجزائرى )، ( موجودا ) في الجزائر".

وان تطبيق الحكم الوارد بهاتين المادتين في اطار عقود العمل يؤدى بنا الى القول بأنه اذا ما تم ابرام مثل هذه العقود مع فروع موجودة بالجزائر ، وتابعة لشركات أجنبية ، فان هذه الفروع تخضع للقانون الجزائرى وحده ، حتى ان كان المركز الرئيسي للشركة التي تتبعها هذه الفروع موجودا خارج الاقليم الجزائرى (1). أما اذا كان عقد العمل قد أبرم بالخارج وحصل تنفيذه بالجزائر، فان اعمال ضابط مكان التنفيذ يبقى ضروريا لاعمال القانون الجزائرى بشأنه. ونحن اذ نقول بهذا التفسير في هذه الحالة الاخيرة، فلأننا نعتقد أن مثل هذا التفسير هو وحده الذى يتماشى مع الطبيعة الآمرة لقواعد قانون العمل في القانون الجزائرى والتي تضفي على هذه القواعد صفة القواعد ذات التطبيق المباشر ( lois d'application immédiate ).

أما اذا لم يكن عقد العمل داخلا ضمن أحد هذين الفرضين ، فاننا نرى اخضاعه لقانون بلد التنفيذ . فان نفذ في عدة دول واستعصى التمييز بين أهمية مجال التنفيذ ، فان تطبيق قانون محل تنفيذ العمل الرئيسي يبقى الحل الأوفق، والا فانه لا مناص من اللجوء الى تطبيق قانون الدولة التي يوجد بها المركز الرئيسي للمشروع أو للمنشأة (2).

* <u>المسؤولية المترتبة على اصابات العمل في اطار النظم المتعلقة بالتأمينات الاجتماعية:</u> والمعتمد بهذا الصدد أن هذه المسؤولية لا تعتبر

---

(1) ومن البديهي أنه اذا كان المركز الرئيسي للشركة موجودا بالجزائر، فانها تبقى خاضعة للقانون الجزائرى وحده .

(2) يراجع: د / هشام علي صادق ،تنازع القوانين ،المرجع السابق ،ص 698.

ضربا من المسؤولية التقصيرية ، و من ثم فانها لا تخضع لحكم المادة 20/ 1 مدني أي لا يسرى بشأنها القانون المحلي ، لأنّ المسؤولية التي تقع على عاتق رب العمل تترتب في ذمته دون اشتراط قيام أي خطأ في جانبه ، كما أن التعويض المستحق للعامل لا يتقرر وفقا لقواعد التعويض المتبعة في اطار المسؤولية التقصيرية وانما يتم تحديده بشكل جـزافـي .

وحينما استلزم الأمر تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية ، فقد ارتأى البعض اخضاعها لقانون بلد تنفيذ عقد العمل مستندا في ذلك الى أن هذه المسؤولية تجد مصدرها في عقد العمل و أن ضابط محل التنفيذ هو أفضل الضوابط لحكم عقد العمل . غير أن البعض الآخر في الفقه نفى أن يكون لهذه المسؤولية طابع تعاقدي ، وحجته في ذلك أن القانون يعتبر مصدرها المباشر ، و أن المشرع هو الذي يتولى ضبط أحكامها ، و لذلك فانه نادى باخضاعهـــا لقانون مكان وقوع الحـادث (1).

ونحن من جانبنا ، نرى وجوب اخضاع المسؤولية التي تترتب على حوادث العمل للقانون الجزائرى وحده ، متى كان عقد العمل قد أبرم بالجزائر أو نفذ فيها . فاذا لم يتحقق هذان الفرضان ، فانه لا مناص من تطبيق قانون محل التنفيذ علـى التفصيل الآنف ذكره (2) . على أنه نلاحظ في هذه الحالة الأخيرة ، أي أنـــه اذا كان قانون بلد التنفيذ يعتمد نظام التنفيذ الاجبارى ، فان القاضي الجزائرى يصبح مضطرا الى الحكم بعدم اختصاصه القضائي بنظر الدعوى اذا ما عرضت عليه ، لأنّ ذلك سيؤدى به الى تطبيق نظام قانوني وثيق الصلة بالقانون العام و هـــو

---

(1) يراجع في عرض معطيات هذا الجدل الفقهي ، د /هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ص 701 .

(2) يراجع ما سبق ص 195 من هذه الرسالة .

أمر يتعارض مع مبدأ أقليمية هذا القانون الذى يقتضي قصر نطاق تطبيق هذا القانون على اقليم الدولة التي صدر بها (1).

* المسؤولية المترتبة على الانهاء التعسفي لعقد العمل:

ولتحديد هذه المسؤولية ، لا بد من التفرقة بين وضعين :

- فاذا كان العقد موضوع الانهاء محدد المدة ويعمد أحد الطرفين الى انهائه بارادته المنفردة قبل انتهاء الأجل المحدد له بصفة تعسفية ، فان المسؤولية التي ستترتب على هذا الانهاء تكون مما لا شك فيه عقدية ، وتخضع من ثم للقانون الواجب التطبيق على عقد العمل على التفصيل السابق ذكره (2).

- أما اذا كان عقد العمل موضوع الانهاء التعسفي غير محدد المدة ، فقد تشعبت الآراء الفقهية بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنه . فارتأى فريق أول تطبيق نفس القانون الذى يخضع له التعسف في استعمال الحق ، وهو اتجاه يترتب على الأخذ به اخضاع دعوى التعويض في مثل هذه الحالة لنفس القانون الذى يحكم الحق الذى حصل التعسف فيه أى اخضاعه لنفس القانون الذى يحكم عقد العمل (3).

غير أن هذا الرأى قد اعترض عليه بدعوى أنه يصطدم والاتجاه الغالب الذى يعتبر التعسف في استعمال الحق من قبيل الخطأ التقصيرى .

---

(1) يقارن : د / هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ص ص 703-704 ، و د روس في تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية ، ص 124 وما بعدها .

(2) يراجع ما سبق ص 194 ومابعدها من هذه الرسالة .

(3) يراجع في عرض معطيات هذا الرأى ، د / هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ص 707 .

ولذلك فقد بـزغ في الفقـه اتجاه ثان نادى باخضاع دعوى التعويض في هذا الفـرض لنفس القانون الذى يحكم دعوى المسؤولية التقصيرية (1) .

على أن هذا الرأى يعيبه أنه يمس مبدأ وحدة القانون الواجب التطبيـق على عقـد العمل الدولي ، كما أنه يصعب معه أحيانا بيان القانون المحلي الواجب التطبيق اذ يثار اشكال يتعلق بتحديد ما اذا كان الامر يستلزم تطبيق قانون محل تصدير خطاب الفصل أو قانون مكان تسلم هذا الخطاب ، أو قانون محـل تـنفيذ عقد العمل ، وذلك في الحالة التي لا تتمركز فيها هذه الضوابط الثلاثة ضمـن نفـس الاقـليم .

ولو وازنـا بين الرأيين السالفين ، فاننا نعتقد أن وجه الصواب يكـمن في جانب الرأى الاول ، فهذا الرأى يكفل مبدأ وحدة القانون الواجب التطـبيق على عقـد العمل الدولي ، كما أنه يستجيب للطبيعة الآمرة لقواعد قانون العمـل وهو ما لا يمكن تحقيقه الا اذا طبقـنا القانون الذى يحكم عقد العمل نفسه (2) .

وباشارتنا الى القانون الواجب التطبيق على الانهاء التعسفي لعقد العمل غير المحدد المدة ، نكون قد أشرنا الى التساؤلات التي تطرح في اطار عقـد العمل باعتباره أحد الطوائف الثلاث التي لا تخضع للحكم المنصوص عليه فـي المادة 18/1 مدني . هذا ونشير بهذا الصدد الى أن هناك نوعـا رابعـا من العقود يعرف اصطلاحا تحت عبارة "عقود الدولة" درج العمل على ادراجه ضمن هذه الطوائف الثـلاث ، ولكن نظرا لاهمية هذا النوع من العقود فـي توضيح معالم الاتجاه الجديد الذى ينادى باخضاع العقود الدولية لما يسمى

---

(1) يراجع في تفاصيل ذلك : د / هشام علي صادق ، دروس في تنازع القوانين ... ص 143 وما بعدها ، الاستاذ : بيير بوريل ، تنازع القوانين بصدد الالتزامات غير التعاقدية ، رسالة من جامعة رين ، 1961 ، ص 208 .
BOUREL(Pierre), les conflits de lois en matière d'obliga-
-/-

" بقانون التجار" ، فقد ارتأينا تحليله في الموضع المتعلق بتحليل معطيات هذا الاتجاه الجديد (1) .

(2) بيان المسائل التي تخضع لقانون العقد :

جرى العمل على القول بأن قانون الارادة يحكم الشروط الموضوعية للعقد سواء فيما يتعلق بأركانه أو بشروط صحته ، كما أن هذا القانون يحكم آثاره . وللتأكد من ذلك ، فاننا نتناول تحليل هذا القول في فقرتين ، نخصص أولاهما للقانون الواجب التطبيق على تكوين العقد ، ونتناول في ثانيتهما تحديد القانون الواجب التطبيق على آثاره .

* بيان القانون الواجب التطبيق على تكوين العقد :

وندرس ضمن هذه الفقرة كلا من الاركان الثلاثة المتمثلة في التراضي والمحل والسبب . أما الشكل المتطلب للانعقاد ، بصفته ركنا متطلبا لانعقاد العقد فقد ارتأينا اخضاعه للقانون الذي يحكم الموضوع ، أي لقانون العقد (2) .

- التراضي : يثير التراضي الكثير من التساؤلات سواء فيما يتعلق بوجوده ، أو بصفته . وهذه التساؤلات كثيرة ومتعددة ، نذكر من بينها : كيفية التعبير عن الارادة ، وتحديد ما اذا كان يتعين الوقوف عند الارادة الصريحة أو يمكن الأخذ بالارادة الضمنية أيضا ، ومتى ينتج التعبير عن الارادة أثره ، وهل يشترط أن يتصل الموجه له بالايجاب الصادر اليه أو لا يشترط ذلك ، ومدى

---

tions extra-contractuelles, thèse Rennes , 1961. —/—

2 ) يقارن : د/هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ص 708 .

---

1 ) يراجع ما سيأتي تحليله بصفحة 256 وما بعدها من هذه الرسالة .

2 ) يراجع ما سبق ص 190 من هذه الرسالة .

تأثر التعبير عن الارادة بموقف الموجب له أو فقده لأهليته ، وبيان القــوة الملزمــة للإيجاب ، وحكم السكوت . والى جانب ذلك ، فان الأمر يستدعــي تحديد مكان و زمان انعقاد العقد في حالة التعاقد عن طريق المراسلة خاصة في وقتنا الحاضر اذ كثر التعاقد بالتلكس و هو تعاقد كثيرا ما تتخــلله عمليات وساطة متعددة و معقدة ، وبيان حكم عيوب الارادة و مدى تأثيرها على صحــة التعاقــد .

وبصدد هذه المسائل المختلفة ، فان غالبية الفقه ترى اخضاعها لقانون واحد يتمثل في قانون العقد باعتباره حلا يتماشى و مبدأ وحدة العقد الدولي (1).

على أن مثل هذا الرأي لم يلق تأييد بعض الفقه الذي يقول بوجوب استبعاد قانون العقد ( و الذي يتحدد أصلا بقانون الارادة في مختلف الأنظمة القانونية ) في مسائل ثلاث ، تتمثل في: تحديد زمان ومكان انعقاد العقد المبرم بين غائبين ، وبيان قيمــة السكوت ، و توضيح القانون الواجب التطبيق على عيوب الارادة الــتي من شأنها التأثير على صحة العقد فتجعله من ثم عرضة للبطلان . فالى أي مــدى يمكن اعتماد مثل هذه المستثنيات ؟ ذلك ما نتعرض له في تحليلاتنا التاليــة .

* التعاقــد بين غائبيـن :

تثير مسألة العقود المبرمة بين غائبين مشكلة جوهرية و أساسية تتمثل في تحديد مكان و زمان انعقاد هذا النوع من العقود . ولتوضيح أهمية هذا التســاؤل نأخذ المثال التالي : لنفرض أن هناك قبـولا تم ارساله من انجلترا الى شركــة

---

(1) يراجع في ذلك : العميد باتيفول ، رسالته في العقود الدولية ، المرجع السابق ، البند ان 398 و 480 ، باتيفول و لاجارد ، المطول ، ج 2 ، بند 595 ، نيبوابيه ، المطول ، ج 5 ، بند 1406 ، الدكتور عزالدين عبد الله ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 135 مكرر ، ص 459 ، الدكتور هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، بند 121 ، 265.

تمارس نشاطها بفرنسا ولم تعلم المرسل اليها بالقبول الموجه اليها ، فهل يعتبر العقد في هذه الحالة منعقدا ، وما هو زمان انعقاده ؟ وللاجابة على هذا التساؤل ، فاننا نلاحظ أنه اذا ما رجعنا الى ما أخذ به قضاة الموضوع بهذا الخصوص في فرنسا ، فاننا نجدهم يتأرجحون بين الأخذ بنظرية اعلان القبول ونظرية العلم به وان كانوا في غالبية أحكامهم يتجهون نحو تطبيق النظرية الثانية أي نظرية العلم بالقبول (1) . واذا ما أخذنا بالنظرية الثانية فانه من البديهي أن العقد لا يكون منعقدا ما دام المرسل اليه لم يعلم بالقبول الموجه اليه . أما اذا اعتمدنا ما هو مقرر لدى القضاء الانجليزي ، فان العقد يعتبر منعقدا اذ المقرر لدى هذا القضاء أن العقد يكون منعقدا وقت اصدار القبول ، أي وقت وضع الرسالة في البريد أو وقت تسليم التلغرام الى الشخص المسئول عن ذلك لدى مصالح البريد (2) .

واذن فان هنالك أهمية فائقة لتحديد القانون الذي يتعين اللجوء اليه في اطار العقود الدولية التي تتم بين غائبين لتحديد ما اذا كان العقد قد انعقد أو لا ، ولبيان مكان وزمان انعقاده .

---

(1) وقد قصرنا بحثنا على منحى قضاة الموضوع ، لأن محكمة النقض الفرنسية لم تتخذ بعد موقفا واضحا بصدد هذه المسألة بدعوى أنها تعتبر من أمور الواقع التي تخضع لسلطان قضاة الموضوع . يراجع في تأكيد هذه الحقيقة مقال الاستاذة : كريستيين سولون المنشور بالمجموعة التي وضعها معهد القانون المقارن بباريس عام 1976 تحت عنوان "تكوين العقد " la formation du contrat في اطار "تنسيق قانون الأعمال في دول السوق الأوروبية المشتركة Harmonisati on du droit des affaires dans les pays du marché commun..... ، وقد تمت هذه العملية تحت اشراف الاستاذ : روني رودييير René RODIERE .

(2) في تحليل ذلك ، مقال رودريك موندای Roderick MUNDAY المنشور بمجموعة "تكوين العقد " تحت اشراف الاستاذ : روني روديير السابق الاشارة اليها ، ص 85 المتن والهامش رقم (2) .

وفيما يتعلق ببيان ما اذا كان العقد منعقدا أو لا ، فاننا اذا رجعنا الى الفقه نجده قد تفرق بهذا الصدد الى فريقين . فبينما يذهب فريق أول الى ضرورة تطبيق قانون القاضي وحده على اعتبار أن الامر يتعلق في هذا الغرض بوصف لازم لاعمال قاعدة الاسناد [1] ، فان فريقا ثانيا يقول بخلاف ذلك ، اذ يقرر أن المسألة لا تتعلق بالتكييف اللازم لاعمال قاعدة الاسناد ، وأنه يتعين اخضاع التراضي باعتباره ركنا في العقد لقانون العقد وليس لقانون القاضي [2].

واذا كان هناك تساؤل قد أثير بصدد بيان ما اذا كان العقد منعقدا من عدمه ، فان مثل هذا التساؤل قد أثير أيضا بصدد تحديد مكان وزمان انعقاد العقد أي تحديد المكان الذي يعتبر فيه العقد قد انعقد واللحظة الزمنية التي يعتبر العقد فيها منعقدا .

ولو رجعنا الى الآراء التي قيل بها في هذا الاطار ، لوجدناها متعددة . فمن معتمد لتطبيق قانون موطن الموجب أو قانون جنسيته [3] ، الى مطالب بتطبيق قانون الجنسية المشتركة [4] ، الى مؤيد لاعتماد قانون الموطن المشترك لطرفي العقد [5] الى مناد باللجوء ، الى التطبيق الجامع لهذه القوانين المختلفة

---

(1) من مؤيدي هذا الاتجاه العميد باتيفول ، في رسالته المتعلقة بالعقود الدولية ، بند 399.

(2) يراجع في معطيات هذا الرأي ، نيبواييه ، المطول ، ج 5 ، بند 1604.

(3) وهو الحل المعتمد في ظل القانون السوفياتي .

(4) رولان ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، بند 347.

(5) وهو الرأي الذي نادى به فون بار- يراجع في ذلك : أ/ آني توبيانا ، الرسالة ، الهامش (5) بصفحة 15.

اذا لم تكن أحكامها متشابهة (1).

وفي رأينا أنه سواء فيما يتعلق بتحديد مكان انعقاد العقد أو زمان هذا الانعقاد ، فان الرجوع الى قانون القاضي يبقى الحل الافضل ، لأن الأمر يتعلق في كلتا الحالتين بتكييف أولي ، وهو تكييف لا يمكن تحقيقه الا باعتماد المبدأ العام المقرر في هذا الصدد والذي يقضي ، تأثرا برأي بارتان ، باخضاع التكييف لقانون القاضي (2). بل ومثل هذا الحل يبقى واجب الاعتماد حتى مع عدم اعتبارنا أن المسألة مسألة تكييف ، اذ أنه أمام تباين الحلول المقترحة فان اعتماد قانون القاضي يبقى أمرا ضروريا اعمالا لفكرة الطابع الاحتياطي لقانون القاضي (3).

هذا ، واذا ما أخذنا بمبدأ اخضاع مكان وزمان انعقاد العقد الذي يتم بالمراسلة لقانون القاضي ، فان ذلك سيؤدي بنا في الجزائر ، الى تطبيق المادة 67 من القانون المدني بهذا الصدد .

---

(1) من المنادين بالتطبيق الجامع لقوانين جنسية الأطراف المتعاقدة ، يراجع بارتان ، المبادئ ، ج 2 ط 1932 ، بند 260 . ومن القائلين بتطبيق قانون البلد الذي تم تصدير الايجاب منه وقانون البلد الذي تم تصدير القبول منه تطبيقا جامعا ، يراجع: درايفيس ، التصرف القانوني في القانون الدولي الخاص ، رسالة من باريس 1904 ، ص 48 الهامش (1) DREYFUS, l'acte juridique en droit international privé, thèse Paris 1904.

(2) العميد باتيفول ، الرسالة ، بند 399 . هذا ونشير بهذا الصدد الى أن هذا الرأي قد لقي تأييد القضاء المقارن ، يراجع في الأحكام القضائية التي اعتمدت هذا الحل : Seine, 26 Juillet 1934, R. 1952. 212, note Salée De La Marnière; Rome 5 Octobre 1951, R. 1953. 128, note De Nova; Rotterdam, 29 Octobre 1947, Clunet 1950. 928; Court of appeals, 17 Mai 1955, clunet 1961.1173, observations Lipstein.

كما أن هذا الحل قد اعتمد في ظل الرستاتمنت الثاني بالولايات المتحدة الأمريكية (تراجع المادة 311 منه).

(3) يراجع في هذا التحليل أ/آني توبيانا ، الرسالة ، الهامش 9 بصفحتي 15و16 .

و اذا ما رجعنا الى هذه المادة ، فاننا نخلص الى أن المشرع الجزائري قد اعتمد نظرية العلم بالقبول بهذا الخصوص ، فاعتبر أن زمان انعقاد العقد الذي يتم بالمراسلة يتم وقت حصول العلم بالقبول وبالمكان الذي يتم حصول هذا القبول به و افترض أن وصول القبول يعتبر قرينة على العلم به حتى يثبت العكس (م67/ 2). ومثل هذه المادة و ان كان يسهل تطبيقها في الغالب الاعم من العقود الوطنية (الداخلية) ، فان مد مجال اعمالها الى نطاق العقود الدولية قد يصبح مسألة صعبة ، لانه يتعذر في الكثير من الحالات تحديد مكان و زمان العلم بالقبول في اطار هذه العقود على وجه الدقة ، لان مثل هذه العقود - التي زادها التقدم التكنولوجي تعقيدا - قلما تبرم بصفة مباشرة بين الموجب و القابل، وكثيرا ما تتخللها عمليات وساطة متعددة و هي عمليات لا تتركز غالبا في حيز جغرافي ثابت ومحدد ، كما أنها لا تسمح بالتأكد على وجه القطع من زمان انعقاد العقد .

- <u>حكم السكوت</u> : و اذا كنا قد ارتأينا تطبيق قانون القاضي بصدد المسألة المتعلقة بتحديد مكان و زمان انعقاد العقد الذي يتم بالمراسلة ، فان لنا أن نتساءل عما اذا كان بالامكان تطبيق هذا القانون في حالة سكوت الموجب له عن الايجاب الموجه اليه .

وفي اجابته على هذا التساؤل ، فان الفقه الراجح يرى استبعاد تطبيق قانون القاضي في هذا الصدد . وقد استند في تبرير استبعاده لهذا القانون على حجتين : أولاهما أنه ليس هناك ما يدعو الى اعتبار هذه المسألة من مسائل التكييف التي يترتب عليهما تطبيق قانون القاضي ، و ثانيتهما : أن اعتماد هذا الحل معناه تحديد مصير النزاع على ضوء الجهة القضائية المختارة لفضه و هو

أمـر من شأنه أن يحول دون المعرفة المسبقة للحل الواجب الاعتماد طالما أنـه لم ينـعقـد الاختصاص القضائي لجهة قضائية معينـة.

واستنادا الى هاتين الحجتين، فان دعاة استبعاد قانون القاضي يرون أن الحل الأوفق يتمثل في تطبيق قانون الدولة التي يمارس بها الموجب له نشاطـه التجاري، وأنه تبعا لذلك لا يصبح هذا الموجب له مرتبطا بسكوته الا اذا كـان قانون هذه الدولة يرتب مثل هذا الاثـر على سكوته. وهو اذ يقـول بهذا الرأي، فلأنه يعتقـد أنه الرأي الوحيد الذي يتماشى ومتطلبات التجارة الدولية (1).

ومثل هذا الرأي يبـدو، في نظرنا، منطقيا. فهو يمتاز بالدقة، كما أنـه يحول دون اضطراب العلاقات القانونية. نعم اننا لا ننكر أن اعتماد مثل هـذا الحل قد يعرض الموجب لخطر عدم معرفته لمصير ايجابـه اذا لم يتلـق ردا من الموجب له. ولكن مثل هذه الخطورة ستـزول اذا ما لاحظنا أن الموجـب بافصاحه عن ايجابه يكون قد أنبأ عن نيتـه في التعاقد.

- عيـوب الارادة : ان مختلف الأنظمة القانونية متفـقة على المبدأ العـام القاضي بوجوب خلو ارادة الطرفين المتعاقدين من كل عيب حتى يمكن أن يرتب التراضي آثاره القانونية المقصودة منه، وان كانت قد اختلفت أحيانا فيما يتعلق بالعيوب التي يجب أن يعتد بها. ذلك أنه اذا كانت بعض الدول تـقـصر عيوب الارادة على الغلط والتدليس والاكـراه، فان البعض الآخر يضيف اليها

---

(1) في هذا المعنى : العميد باتيفول، محاضراته بمعهد الدراسات العليـا الدوليـة لسنتي 1961-1962 المشار اليها سابقا، ص 161، والأستاذ نوآني توبيانا، الرسالة، بند 19، ص 16.

ما يسمى بالاستغلال أحيانا وبالغبن الاستغلالي أحيانا أخرى.كما أن هناك دولا تعتمد أنواعا أخرى من عيوب الارادة كما هي الحال بالنسبة الى القانون الانجليزي الذي يعرف، كما أسلفنا " فكرة الـ misrepresentation " التي تقع بين دائرتي الغلط والتدليس والتي لا وجود لها في بقية التشريعات الأخرى (1).

واذا كان المبدأ المعتمد لدى غالبية الفقه هو اخضاع عيوب الرضا الثلاثة المتمثلة في : الغلط والاكراه والتدليس، لقانون العقد، فان تطبيق هذا القانون لم يلق تأييد بعض الفقه الآخر الذي عارضه وقدم في سبيل ذلك اعتراضات ثلاثة (2) :

<u>الاعتراض الأول : ان في تطبيق قانون العقد مساسا بالحماية المقررة لأطراف العقد :</u> ومؤدى هذا الاعتراض أن تطبيق قانون العقد لا يحمي المتعاقدين، وان تحقيق مثل هذه الحماية لا يتقرر الا اذا عمدنا الى تطبيق القانون الشخصي لأطراف العقد.

وفي تبرير رفضهم لهذا الرأي، فان المنادين به (3) يقررون أن القواعد المتعلقة بعيوب الارادة لا تختلف في جوهرها عن القواعد المعتمدة بصدد

---

(1) يراجع ما سبق ص 57 من هذه الرسالة.

(2) يراجع في عرض هذه الاعتراضات: أ/ آني توبيانا، الرسالة، بند 24 وما بعده. والأستاذ :روجي دايان، مقاله المنشور بمجموعة القانون الدولي، المجموعة 552 د، بند 12 وما بعده. Roger DAYANT, Juris- classeur de droit international, V° contrats, fascicule 552 D.

(3) Eugène AUDINET, principes de droit international privé, N. 387-389; et domaine et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats à titre onéreux, mélanges Pillet, tome 1, PP. 78-79; J.AUBRY, le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé, clunet 1896. 471, BARTIN, principes de droit international privé, tome 1, 1930, P. 175 et tome 2, 1932, P. 29 et P. 60; CREMIEUX(Louis), traité élémentaire de droit international privé, 1957, P. 172 et note au Dalloz 1933. 1. 169.

عدم الأهلية العامة ، وأنه طالما أن عدم الأهلية العامة يخضع لقانون الشخص فان ذلك يترتب عليه اخضاع عيوب الارادة للقانون الشخصي أيضا (1).

على أن هذا الاعتراض ليس له ، في نظرنا ، ما يبرره. فالقانون الشخصي خاصة اذا ما تعلق الأمر بقانون الجنسية ، قد أفل نجمه في الوقت الحاضر ولم يعد قادرا على حكم الكثير من موضوعات تنازع القوانين. كما أن العيب الذي قد يلحق ارادة شخص انما يكون قد لحقه وهو بصدد ابرامه للعقد ، وان اقرار عيوب الارادة انما قصد به أساسا السعي نحو ابرام عقود سليمة بغض النظر عن سن الطرفين المتعاقدين أو وضعهما (2). أضف الى ذلك ، أن تطبيق القانون الشخصي يجب أن يتحدد بالأحوال الشخصية وحدها أي بالمسائل اللصيقة بالشخص دون المعاملات ذات الطبيعة المالية (3) ، وأن حماية الطرفين المتعاقدين يمكن أن تتحقق عن طريق اعمال وسيلة الدفع بالنظام العام اذا كان قانون العقد يتعارض مع الأحكام المعتمدة في ظل قانون القاضي والمتعلقة بحماية الأشخاص .

واذن ، فان هناك أسبابا عديدة تدعو الى استبعاد القانون الشخصي واعتماد قانون العقد بصدد عيوب الارادة. على أن تطبيق هذا القانون لم يمنع من أن هناك اعتراضين آخرين قد تم توجيههما اليه.

---

(1) CREMIEUX, note précitée au Dalloz 1933.1.169, sous Civ. 31 Mai 1932.

(2) العميد باتيفول ، الرسالة ، بند 393 ، باتيفول ولاجارد ، المطول ، ج 2 بند 596 ، د رايفيس ، رسالته في التصرف القانوني في القانون الدولي الخاص السابق الاشارة اليها ، س 357 وان كان هذا الفقيه يقترح تطبيق قانون محل الابرام ، كما يراجع " بيرود PERROUD " في تعليقه المنشور بـ Clunet لعام 1933 ، س 294.

(3) أ/ آني توبيانا ، الرسالة ، بند 25 ، س 20.

الاعتراض الثاني : ان تطبيق قانون العقد يوءدي بنا الى الدوران في حلقة مفرغة :

يقرر بعض الفقهاء أن تطبيق قانون العقد بصدد عيوب الارادة يوءدي بنا الى الدوران في حلقة مفرغة (1). وهم اذ يقررون ذلك، انما ينطلقون من فكرة موءداها أن قانون الارادة (باعتباره القانون الذي يحكم العقد في غالبية الأنظمة القانونية)، سواء أكان صريحا أم ضمنيا ، وسواء تم تحديده عن طريق اعتماد نظرية التركيز الموضوعي، يعكس أن للارادة دورا أساسيا في تحديد هذا القانون. فاذا ما لحق هذه الارادة عيب ما، فان هذا العيب سيوءثر حتما في الاختيار الذي أجراه الطرفان المتعاقدان. وبناء على ذلك، فانه ليس من المنطقي في شيء ابطال عقد طبقا لقانون لم يعد له أي مبرر أو سند للتطبيق لأن المفروض أن الاختيار الذي تم يكون قد زال بزوال الارادة المعيبة التي أجرت هذا الاختيار أو شاركت فيه.

وللحيلولة دون الوقوع في مثل هذه الحلقة المفرغة، فان بعض الفقه ارتأى أنه يجب ادراج المسألة المتعلقة بتحديد ما يعتبر من قبيل عيوب الارادة في اطار مسائل التكييف (2) ومن ثم حلها على هدى قانون القاضي، ثم اخضاع هذه العيوب لقانون البلد الذي كان من المفروض أن يتحقق التراضي في ظله لو لم

---

(1) Pillet, essai d'un système général de solution des conflits de lois, clunet 1894.417; Arminjon, précis de droit international privé, tome 2, P. 253 et suiv.; Eugène AUDINET, principes de droit international privé, P. 288 et note au Sirey 1931.2.145; Rolin, principes de droit international privé, tome 1, op. cit. N.291; Bartin, principes, tome 2, N. 242, P. 61 et suiv.; Caleb, essai sur le principe de l'autonomie de la volonté, thèse, Strasbourg, 1927.

(2) آرمنجون، موءلفه تحت عنوان "الموجز في القانون التجاري الدولي" ص164.
ARMINJON, précis de droit international privé commercial, Dalloz, Paris 1948.

يطرأ عيب الارادة محل الاعتبار، وهو قانون يتحدد بقانون محل ابرام العقد (1).

على أن مثل هذا الاعتراض ليس له، في نظرنا، ما يبرره. فقانون العقد الذي يتحدد غالبا باتفاق طرفيه، لا يكتسي أهمية قانونية الا اذا كان جائزا طبقا لقواعد الاسناد الواردة بقانون القاضي. وبعبارة أخرى، فان قانون العقد لا يمكنه أن يحكم العقد الدولي عامة وشروط تكوينه خاصة الا اذا كانت قاعدة الاسناد الواردة بقانون القاضي تجيز للأطراف المتعاقدة تحديده، بالطريقة التي حصل بها. ولذلك، فان رجوعنا الى قانون العقد لتحديد عيوب الارادة وبيان الأثر الذي يترتب عليها لا يتم وفقا لارادة طرفيه، وانما بناء على قاعدة الاسناد المنصوص عليها في قانون القاضي والتي تخولنا حق اللجوء لهذا القانون.

<u>الاعتراض الثالث : ان تطبيق قانون العقد يتعارض مع الصفة الآمرة للقواعد التي تحكم عيوب الارادة في ظل القوانين الداخلية (الوطنية) :</u>

ولو حللنا أساس هذا الاعتراض لوجدناه يرتكز على الحجة التي مؤداها أنه لا يمكن لقانون الارادة (في الحالة التي يحكم فيها هذا القانون العقد الدولي المبرم) أن يتجاهل الأحكام الآمرة الواردة بالقوانين الداخلية (الوطنية)، وأنه تبعا لذلك يتعين حصر حق الخيار لطرفي التعاقد بالنسبة الى القواعد المفسرة وحدها لما يترتب على الأخذ بخلاف ذلك من خرق مبدأ سمو القانون على العقد.

---

(1) آرمنجون، الموجز في القانون الدولي الخاص، ج 2 المرجع السابق، ص ص 303-304. وتجدر الاشارة الى أن هذا الفقيه قد عدل عن هذا الرأي في مؤلفه "الموجز في القانون التجاري الدولي" الآنف ذكره، ص 166، حيث قرر أن عيوب الارادة لا تؤدي كلها الى الحيلولة دون ابرام العقد، ولذلك فانه اقترح تطبيق قانون الدولة التي تخضع اليها حقوق الطرف الذي يتمسك ببطء العيوب.

**وتماشيا** مع هذه الحجة ، فان الفقهاء القائلين بهذا الاعتراض الثالث يقررون وجوب اخضاع عيوب الارادة لقانون محل ابرام العقد ( lex loci contractus ) (1).

على أن مثل هذا الاعتراض كسابقيه ، لا يخلو من النقد . فاعتماد هذه الوجهة من النظر القائمة على اخضاع عيوب الارادة لقانون محل ابرام العقد ، معناه العمل على تجزئة العقد الدولي وهو أمر يتعارض مع مبدأ وجوب اخضاع العقد الدولي بكامله لقانون واحد . يضاف الى ذلك أن عيوب الارادة وثيقة الصلة بركن التراضي باعتباره أحد الأركان الأساسية التي لا يتصور للعقد وجود بدونها ، ولذلك فان المنطق يقتضي اخضاعها لنفس القانون الذي يحكم ركن التراضي والذي يتحدد بقانون العقد (2) . والى جانب ذلك كله ، فان دعاة هذا الاعتراض يتجاهلون ما هو مقرر حديثا من وجوب تطبيق قانون الارادة ، حين اعتماده ، بشكل كامل أي بمقتضى قواعده الآمرة وقواعده المفسرة ، وأن تطبيق هذه القواعد الآمرة في اطار العلاقات الدولية الخاصة لا يفقدها صفتها هذه . وفضلا عن ذلك ، فان هذا الاعتراض يفقد كل قيمة قانونية في الفرض الذي يتم فيه تحديد قانون العقد باعتماد النزعة الموضوعية اذ يتولى القانون المحدد حكم العقد بكامله سواء فيما يتعلق بتكوينه أو بآثاره .

وخلاصة القول هي أن الاعتراضات الثلاثة التي تم تقديمها لاستبعاد قانون العقد من مجال عيوب الارادة ليس لها ما يبررها . ولذلك فلا غرابة في أن

---

(1) يراجع في ذلك : آرمنجون ، المبادئ ، ج : 2 ، البندان 96 و 97 ؛ د زايفيس ، التصرف القانوني في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 358 . وهو نفس الحل المعتمد لدى الفقه الانجلوسكسوني . يراجع في ذلك : أ/آني توبيانا ، الرسالة ، ص 25 ، الهامش (4) .

(2) يراجع في ذلك : Weiss, traité, 2° éd, tome IV, P.392; Batiffol, contrats, N.386; Lerebours-Pigeonnière, note au Dalloz 1931.2.33; PERROUD, de la loi applicable aux conditions de validité des contrats, Clunet 1933, P. 249.

تبقى لقانون العقد الغلبة وأن ينال شبه اجماع الفقه حديثا ، وهو أمر منطقي نظرا للارتباط القائم بين هذه العيوب وركن التراضي وهو ارتباط يقتضي اخضاع هذه العيوب لنفس القانون الذي يحكم ركن التراضي .

على أنه اذا كان المبدأ المعتمد حديثا هو اخضاع عيوب الارادة الثلاثة المتمثلة في : الغلط ، والتدليس ، والاكراه ، لقانون العقد ، وأن هذا المبدأ قد نال شبه اجماع الفقه ، فان ذلك لم يمنع هذا الفقه من أن يتساءل عن القانون الواجب التطبيق على ما اصطلح على تسميته بالغبن في بعض التشريعات وبالاستغلال في تشريعات أخرى ، وقد نجم عن هذا التساؤل ظهور عدة آراء تعكس في معطياتها الى حد بعيد اختلاف التشريعات بصدد هذه المسألة .

فقد ذهب جانب في الفقه الى القول بوجوب الحاق الغبن بالأحوال الشخصية ، وقرر من ثم اخضاعه للقانون الشخصي ، على أساس أن الغبن يعتبر عيبا يلحق الشخص في ارادته ويؤثر فيها ، وأنه لهذا السبب يخضع لنفس القانون الذي يحكم عيوب الارادة والذي يتحدد في نظره بالقانون الشخصي (1) .

على أن هذا الرأي انتقد على أساس أنه ليس هناك ما يبرر اخضاع عيوب الارادة لنفس القانون الذي يحكم عدم الأهلية العامة ، لأن عيوب الارادة يقصد من وراء اقرارها السعي نحو ابرام عقود صحيحة ، في حين أن عدم الأهلية العامة يقصد منه حماية الشخص نفسه (2) .

---

(1) E. Audinet, principes, op. cit. N.389, et mélanges Pillet , tome 1, P. 79; Jules AUBRY, le domaine de la loi d'autonomie , Clunet 1896.465; A.De Geouffre De La Pradelle, consultation sous Req. 29 Juin 1931, R. 1932. 295.

(2) يراجع ما سبق ايضاحه بصفحة 207 من هذه الرسالة.

وأمام هذا الانتقاد الذي وجه الى هذا الرأي، فقد ذهب جانب آخر في الفقه، في فرنسا على وجه الخصوص، الى أنه يستحيل صياغة نظرية عامة تحكم الغبن في اطار تنازع القوانين لخلو القانون الفرنسي من مثل هذه النظرية الذي وقف عند حد النص على حالات معينة ومحددة لا تسمح للباحث بأن يستخلص منها ضابط اسناد يصدق بالنسبة اليها جميعا (1). وترتيبا على ذلك، فان هذا الفريق في الفقه آثر الوقوف عند مستوى الغبن المعتمد في اطار عقود البيع العقارية التي أولاها المشرع عنايته القصوى بمقتضى المادة 1674 مدني، وقرر من ثمّ اخضاع الغبن لقانون موقع العقار ( Lex rei sitae ) (2).

---

(1) J. Maury, la lésion dans les contrats, R. 1936. 344.

(2) Foelix, traité, tome 1, 4° éd., par Despagnet, 1866, N. 93, P. 217; A. Audinet , du conflit des lois impératives ou prohibitives en matière de contrats, thèse , Poitiers 1922, PP. 143- 144; Arminjon, précis, tome 2, op. cit., N. 38.

هذا، ونشير بهذا الصدد الى أن بعض الفقهاء المؤيدين لفكرة تطبيق قانون موقع المال يؤسسون ذلك على اعتبار آخر غير الاعتبار المذكور بالمتن، يتمثل في حماية المالك العقاري (يراجع في هذا التحليل: موري، تعليقه بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، لسنة 1936، ص 344، وفي نقد هذا المنحى الفقهي يراجع: روجي دايان، مقاله بمجموعة القانون الدولي السابق الاشارة اليه، بند 27). على أن استبعاد مثل هذا التأسيس والرأي الذي أدى اليه من طرف الفقه لم يمنع القضاء الفرنسي من أن يعتمده في بعض أحكامه، يراجع في تأكيد هذه الحقيقة: Chambre des requêtes, 29 Juin 1931, R. 1932. 295, avec consultation de M. De La Pradelle.

التي أخضعت دعوى الغبن لقانون موقع المال، وعمدت بناء على ذلك الى تطبيق القانون المغربي على هذه الدعوى لكون العقار موجودا بالمغرب. كما يراجع في ذلك Paris, 9 Février 1931, D. 1931.2.33, note Lerebours- pigeonnière; S. 1931.2.145, note E. Audinet; Batiffol, chronique jurisprudentielle, R. 1934. 628.

والذي أكدت محكمة استئناف باريس بموجبه نفس المبدأ الذي سبق لغرفة

-/-

على أن مثل هذا التحليل يبقى بدوره منتقدا لأنه يتجاهل الهدف المبتغى من اعتماد الغبن باعتباره وسيلة لحماية العلاقة التعاقدية ، وليس الحق العيني الذي يتم نقله بمقتضى العقد المبرم .

وفي اطار الفقه العربي ، ارتأى جانب في الفقه التمييز بين الغبن والاستغلال وتمرر تبعا لذلك اخضاع كل منهما لقانون مستقل . ومن قبيل ذلك ما يقرره أستاذنا الدكتور علي علي سليمان من "أن الاستغلال ... يعتبر عيبا في الشخص أما الغبن في البيع أو في القسمة فهو عيب في العقد ويقاس بمعيار موضوعي ، ولذلك فهو يخضع لقانون العقد" (1) .

ومن الواضح أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي الى التمييز بين الغبن والاستغلال والى اخضاع الأول لقانون العقد مع اخضاع الثاني للقانون الشخصي والذي يتحدد بقانون الجنسية في ظل تشريعات الدول العربية .

وفي اعتقادنا أن هذا الرأي هو الذي يجب اعتماده في ظل النظام القانوني الجزائري . فبالرجوع الى مختلف النصوص الواردة بقانوننا يتضح أن مشرعنا قد ميز بين الغبن والاستغلال ، وأنه اذا كان قد وقف في اطار الغبن عند نظرة مادية محضة تقوم على مقارنة قيمة محل التزام أحد المتعاقدين بقيمة محل التزام المتعاقد الآخر بمعيار مادي بحت ، فانه تجاوز ذلك في اطار الاستغلال الى الاعتداد بالعنصر النفسي الذي قد يلحق أحد أطراف العقد ، وهو ما عبرت

---

-/- تلتقي المرائش تبنيه والمتمثل ، كما أسلفنا ، في اخضاع الغبن في العقارات لقانون موقع العقار ، فطبقت بناء على ذلك القانون الألماني بصدد دعوى الغبن المعروضة عليها لكون العقار موضوع هذه الدعوى موجودا بألمانيا .

(1) الأستاذ : د/علي علي سليمان / مذكرات في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، بند 53 ، ص 120 .

عـنه المادة 90/ 1 مدني بقولها : " وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا أن ( والاصح لأن ) المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى ... " (1). واذن ، فانه طبقا لصريح نص المادة 90/ 1 مدني فانه لا يكفي لتوافر الاستغلال أن نكون أمام عدم تعادل بين كفتي العقد وأن يكون عدم التعادل جسيما ، " بل يجب أن يقترن ذلك بتوافر عنصر نفسي (ذي) حدين ، بأن تتجه نية أحد المتعاقدين الى استغلال المتعاقد الآخر ، وأن يحدث هذا الاتجاه أثرا في ارادة المتعاقد نظرا لانه في حالة طيش بين أو لانه تحت تأثير هوى جامح فغلت من زمامه الامر بمقتضى ارادة شابها الهوى فجنحت عن سبيل التقدير الحقيقي للأمور " (2).

كما يرد على هذا الفرق الجوهري بين معياري الغبن والاستغلال ، أن المشرع قد قرن الغبن بعقود معينة حصرها ببيع العقار ( المادة 358 مدني ) (3) وبعقد القسمة (المادة 732 مدني ) والغبن في توزيع الأرباح والخسائر المتعلقة بالشركة ( المادة 426 مدني ) وبالتالي لم يجعل من نظرية الغبن نظرية شاملة مراعيا في ذلك مبدأ توازن العقد في حد ذاته ، ومرتبا جزاء ماديا يختلف باختلاف الحالات المنشودة ، بحيث جعله محددا اما ببطلان العقد بطلانا مطلقا كما هي الحال في شركة الأسد (المادة 426/ 1 مدني ) وأمـا

---

(1) هذا ، ونلاحظ بهذا الصدد أن النص العربي لعجز المادة 90/ 1 مدني المذكورة بالمتن قد أسقط الوصفين الواردين بالنص الفرنسي لهـا وبالنصوص العربية الأخرى ، وهما وصف الطيش " بالبين " ووصف الهوى "بالجامح". وقد جرى نص عجز المادة 90/ 1 مدني في صياغتـه الفرنسية على النسق التالي : "... s'il est établi que la partie lésée n'a conclu le contrat que par suite de l'exploitation par l'autre partie de sa <u>légèreté notoire</u> ou d'une <u>passion effrénée</u>."

.../...

بتكملة الثمن كما هي الحال في بيع العقار (المادة 358/1 مدني ) أو اعطاء الطرف المتضرر حق تقديم طلب نقض القسمة في عقد القسمة (المادة 732/1 مدني )، وهو عكس ما فعله بالنسبة الى الاستغلال الذى جعل منه مبدأ عاما يتحتم معه تطبيق أحكامه كلما اتضح أن عدم حصول أحد الطرفين على بدل مساو لما دفعه كان حصيلة ما لحق نفسيته من طيش بيّن أو هوى جامح بفعل المتعاقد معه .

و يترتب على هذا التمييز الذى أجراه مشرعنا بين الغبن و الاستغلال وجوب اخضاع كل منهما لقانون مستقل ، يتحدد بقانون العقد في اطار الغبن ، لكون الغبن يعتبر كما أسلفنا عيبا في العقد الامر الذى يتحتم معه اخضاعه لنفس القانون الذى يحكم هذا العقد ، وبالقانون الشخصي للطرف المستغل (بفتح الغين ) ، و الذي يتحدد عندنا بقانون الجنسية في اطار الاستغلال لكون هذا الاخير يلحق شخص المتعاقد نفسه .

- المحل : ان المقرر لدى غالبية الفقه (1) ولدى القضاء (2)، هو

-/- (2) د : محمد حسني عباس / نظرية العقد والارادة المنفردة ، القاهرة 1954، ص 97 .

(3) في شرح هذه المادة ، يراجع الدكتور محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائرى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1983، ص 69 و ما بعدها .

(1) يراجع في ذلك : روجي د ايان ، مقاله الآنف الذكر المتعلق بالعقود الدولية و المنشور بمجموعة القانون الدولي ، بند 33 ، باتيفول ، رسالته في العقود الدولية ، ص 352 و مابعدها ، باتيفول ولاجارد ، المطول ، ج 2 المرجع السابق ، البند ان 597 و 598 ، رابل ، تنازع القوانين ، ج 2 ، المرجع السابق ص 527 و ما بعدها .

(2) في تأكيد ذلك في ظل القضاء المقارن ، يراجع : روجي د ايان ، مقاله الآنف الذكر ، البند ان 34 و 35 ، والاستاذة : آني توبيانا ، الرسالة ، الهامش (3) بصفحة 28 .

وجوب اخضاع المحل لقانون العقد ، أى أن هذا القانون هو الذى يتولى تحديد ماهية العقد ، وبيان الشروط التي يجب أن تتوافر فيه من حيث كونه موجودا أو قابلا للوجود ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروعا وتحديد الحالات التي تتحقق فيها هذه المشروعية والفروض التي تنعدم فيها ، وان كان يبقى بامكان قانون القاضي أن يتدخل لاستبعاد قانون العقد الواجب التطبيق اذا ما كانت أحكام هذا القانون متعارضة مع النظام العام السائد بدولة القاضي المعروض عليه النـزاع .

على أن قول غالبية الفقـه بتطبيق قانون العقد ، لم يمنع الفقه من تقديـم اقتراحات أخرى بهذا الصدد .

فقد ذهب بعض الفقه الى القول بوجوب اخضاع المحل لقانون محل الابـرام . وحجته في ذلك أن قانون محل الابرام يجب أن يتسع سلطانه بحيث يطبق كلما تعلق الأمر بعلاقـات قانونية تستهدف حماية المصلحة العامة ، كما أنه يجب أن يحكم مركـز التصرف القانوني لأن وجود هذا التصرف يتحقق باقليم الدولـة التي ينشـأ بها (1) .

وارتأى فريق آخر (2) التمييـز بين مدى أخلاقيـة المحل ( le caractère moral ) ومدى مشروعية الأداءات المكونة له . ورتب على ذلك أن تحديد ما اذا كان المحل أخلاقيا من عدمه يجب أن يتـقرر على ضوء قانون القاضي ، وأن تحديد مدى مشروعية الأداءات التي يتكون منها المحل يجب أن يخضع لقانون

---

(1) يراجع في هذا الاتجاه : ل . كريميو L. Crémieux ، تعليقه تحت حكـم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 31 مايو 1932 ، والمنشور بدالوز لعام 1933 ، القسم الاول ، ص 169 .

(2) آرمنجون ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، بند 99 .

الوسط الذى يمارس فيه أطراف التعاقد نشاطهم ( loi en vigueur dans le milieu où doit s'exercer l'activité des parties ).

على أنه تجدر ملاحظة أن كلا الرأيين بقى شاذا في الفقه، وأن غالبية الفقه آثرت تطبيق قانون العقد بصدد المحل. نعم، اننا لا ننكر أن الرأى القائل بتطبيق قانون محل ابرام العقد قد اعتمد من طرف القضاء السويسرى لأمد غير يسير، مسايرة من هذا القضاء للتفرقة التي كان يعتمدها بصدد العقد الدولي بين شروط تكوينه وبين آثاره، فكان يخضع الأولى لقانون محل الابرام و الثانية لقانون محل التنفيذ. غير أن مثل هذا المنحى لا يمكن اعتباره حجة قاطعة، اذ أن القضاء السويسرى، كما سبق لنا توضيح ذلك(1)، قد عدل منذ اصداره لحكم "شوفاليه Chevalley " عن هذه التفرقة و استقر منذ ذلك الحين على اخضاع العقد بكامله لقانون واحد.

و اذن، فان تطبيق قانون العقد أصبح يستأثر باهتمام الفقه الغالب. على أن شبه اجماع الفقه على القول بوجوب تطبيق قانون العقد بصدد المحل، لم يمنع من ظهور اتجاهين في شأنه.

فقد ذهب جانب أول منه، تزعمه الحميد باتيفول لمدة يسيرة (2) الى أن العقود التي ترتبط بمسألة من مسائل العائلة أو بالحقوق الميراثية يجب أن تخضع فيما يتعلق بمحلها للقانون الشخصي أو للقانون الذى يحكم الميراث. و تطبيقا لذلك، فقد قرر هذا الفريق من الفقه أنه اذا تعلق الأمر مثلا بتحديد

---

(1) يراجع ما سبق تحليله بصفحة 146 من هذه الرسالة.

(2) اذ أيده، في رسالته المتعلقة بالعقود الدولية، يراجع بند 401 من هذه الرسالة، غير أنه لم يشر اليه في مؤلفاته المتعلقة بالقانون الدولي الخاص اللاحقة لهذه الرسالة.

مدى مشروعية شرط التعامل في تركة مستقبلة، فان ذلك يجب أن يتحدد على ضوء القانون الواجب التطبيق على الميراث وليس على ضوء القانون الذي يحكم العقد المبرم بين المتصرف في التركة المستقبلة والمتصرف اليه (1).

وارتأى جانب ثان في اطار هذا التيار الفقهي الغالب، الذي يتزعمه الفقيه نيبوابيه (2)، أن دور قانون العقد يجب أن يتولى تحديد بيان مدى قابلية المحل للتعامل فيه من الناحية المجردة، فاذا ما قرر هذا القانون وجوب توافر المحل، واستدعى الأمر التأكد من مدى مشروعية هذا المحل ومن مدى أخلاقيته، فان تحديد ذلك يجب أن يتم على ضوء قانون الدولة التي يتركز فيها الأداء. وترتيبا على ذلك، فانه اذا تعلق الأمر بشيء مادي يكون موضوع الأداء، واقتضى الأمر تحديد مدى قابليته للتعامل فيه، فان ذلك يجب أن يتم على ضوء قانون موقع هذا الشيء. أما اذا تعلق الأمر بعقد عمل خاضع لقانون دولة ما، واستدعى الأمر تنفيذ هذا العقد في دولة أخرى، فان قوانين البوليس المتعلقة بالعمل والسارية المفعول ببلد التنفيذ يجب أن تحكم كل ما يتعلق بتنفيذ هذا العقد. ولذلك فان مدى مشروعية عقد العمل يجب أن يتقرر على ضوء قانون بلد التنفيذ وليس على ضوء قانون العقد (3).

---

(1) لوربور بيجونييره، الموجز في القانون الدولي الخاص، الطبعة 7 بمساعدة الأستاذ: لوسوارن، 1959، بند 476.

(2) نيبوابيه، المطول، ج 5، بند 1407، وتعليقه بمجموعة سيريه لعام 1934، القسم 2، ص 73.

(3) في الاعتراض على هذا الرأي الذي لقي صدى له لدى القضاء الانجليزي، أ/آني توبيانا، الرسالة، بند 50 وما بعده، ص ص 40-41 التي ترى أن اعتماد مثل هذا الرأي يتعارض مع فكرة القانون الخاص بالعقد (the proper law of the contract)، على أساس أن المفروض

—/—

- السبب : ان المشاكل التي يطرحها تنازع القوانين بصدد السبب شبيهة الى حد بعيد بالمشاكل التي سبق لنا التعرض لها بهذا الصدد في اطار المحل. ولذلك فان نفس الآراء التي قيل بها في مجال المحل قد وجدت صدى لهـا في اطار السبب أيضـا (1).

هذا، واستقراء الآراء الفقهية يكشف عن أن غالبية الفقهاء قد ارتأت تطبيق قانون العقد بصدد السبب، وهي اذ تقول بذلك انما تكون قد ربطت بين السبب بوصفه ركنا متطلبا لقيام العقد والعقد ذاته، وهو ارتبـاط يستلزم اخضاعهما لقانون واحد هو قانـون العقـد.

واذن، فان قانون العقد يبقى المرجع في تحديد ما اذا كان وجود السبب ضروريا من عدمه، ولبيان الحالات التي يكون فيها السبب غير مشروع أو مخالفا للنظام العام ولحسن الآداب، وان كان تطبيق هذا القانون يبقى مقيدا بعدم مخالفته للنظام العام السارى المفعول بدولة القاضي المعروض عليه النزاع. وتطبيقا لذلك نشير الى حكم صادر عن محكمة السين الفرنسية بتاريخ : 5 جويلية 1939 (2) ورد به مـا يلي : "انه يستحيل أن نتصور أن شخصا سليم العقـل وحر الارادة يلتزم بدون سبب، ومثل هذا التعهد بدون سبب يتعـارض مع

---

-/- أن القانون الواجب التطبيق على العقد تطبيقا لهذه الفكرة تتم مراعاته عن طريق عوامل موضوعية تقوم على أساس مراعاة نقاط ارتباط العقد بمختلف الأنظمة القانونية وتطبيق النظام القانوني الأكثر ارتباطا بالعقد. وترى الأستاذة : آني توميان بهذا الصدد أن هذا الرأي يقوم على أساس الخلط ما بين مبدأ المشروعية وفكرة اجراءات التنفيذ، وهو أمر غير مقبول خاصة اذا ما لاحظنا أن عدم المشروعية يؤدى الى بطلان العقد، في حين أن مخالفة العقد لأحكام قانون بلد التنفيذ يؤدى فقط الى عدم تنفيذ العقد دون المساس بصحتـه.

(1) في تأكيد ذلك يراجع : روجي د ايان، مقاله السابق، بند 40 وما بعده.

(2) والمنشور بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1939، ص 450.

(النظام القانوني الفرنسي ). ولذلك فان النظام العام الفرنسي يمنع كل الجهات القضائية الفرنسية من تطبيق القوانين الأجنبية التي تعترف بمثل هذا النوع من الالتزامات .... " (1) .

هذا ، وما دمنا بصدد الاشارة الى سبب العقد ، فآن لنا أن نبحث في حالة أثيرت أمام القضاء الفرنسي ، تتعلق ببيان حكم العقد الذي تم ابرامه بالمخالفة لأحكام قانون أجنبي . ومن قبيل ذلك ابرام عقد تهريب بضاعة بالمخالفة للقواعد الجمركية المنصوص عليها بدولة معينة ، فهل بالامكان تقرير بطلان العقد لعدم مشروعية السبب المتمثل في التهرب من أحكام قانون هذه الدولة على الرغم من أن هذا القانون ليس هو القانون الواجب التطبيق أصلاً على العقد ؟

وللجواب على ذلك ، فان الفقه يقرر أنه ، وان لم يكن بالامكان القول بعدم مشروعية السبب في مثل هذه الحالة طالما أن القانون الذي خرقت أحكامه ليس هو القانون الواجب التطبيق أصلاً على العقد ، فان هذا لا يمنع من القول بأن مثل هذا التهرب غير أخلاقي ( immoral ) لأنه يتنافى مع حسن الآداب التي تفرض على الأطراف المتعاقدة احترام القواعد القانونية السارية المفعول بالدولة صاحبة هذه القواعد ، وأنه ليس من الأخلاقيات في شيء اجراء تصرف

---

(1) "... Il paraît, en effet, impossible de concevoir dans l'ordre juridique ( français ) l'existence d'une obligation consentie sans cause par un individu sain d'esprit et de volonté libre; que ... cette idée d'engagement sans cause présente avec (les) conceptions (françaises) en la matière une incompatibilité telle que... l'ordre public (français) ne saurait s'en accomoder et qu'aucune juridiction française ne saurait appliquer une loi étrangère qui admettrait l'existence d'une obligation de ce genre..."

ما بدولة معينة دون احترام القواعد القانونية التي وضعت لتطبق أصلا على كل الاشخاص[1]. كما أن واجب التعاون بين الدول يستوجب تقرير بطلان مثل هذه العقود لأن القول بخلاف ذلك معناه تشجيع الأفراد على التهرب من الالتزامات التي تفرضها بهذا الصدد قوانين مختلف الدول[2].

والواقع هو أن هذا الرأي الذي يقول به هذا الفريق من الفقه، يجد سنده فيما اعتمده القضاء الفرنسي حديثا بصدد هذه المسألة. فالمقرر لدى هذا القضاء أنه اذا كان المنع المقرر بمقتضى قانون أجنبي ذا طبيعة سياسية بحتة، فان العقد المبرم بالمخالفة لهذا المنع يبقى قائما ومرتبا لكل آثاره القانونية. أما اذا كان المنع قد أريد به حماية معطيات أخلاقية وعقلانية، فان القاضي الفرنسي يعتد بهذه الاعتبارات ويقرر تبعا لذلك بطلان العقد المبرم[3].

- بطلان العقد: ان المقرر في مختلف الأنظمة القانونية أنه لا يمكن أن يرتب عقد آثاره القانونية الا اذا كان مستجمعا للأركان المحددة له قانونا، وكانت تتوافر فيه شروط صحته، فان لم يستجمع أركانه كلها أو بعضها كان عرضة للبطلان المطلق، أما اذا لم تتوافر له شروط صحته، فانه يكون حينئذ عرضة للبطلان النسبي[4].

---

(1) باتيفول ولاجارد، المطول، ج 2 بند 598، ص 320.

(2) آرمنجون، الموجز، ج 2، ط 2، بند 99، باتيفول، رسالته في العقود الدولية، بند 410 وما بعده.

(3) في تحليل منحى القضاء الفرنسي بهذا الخصوص، يراجع: باتيفول، رسالته في العقود الدولية، بند 420، باتيفول ولاجارد، المطول، ج 2، بند 598.

(4) يراجع في ذلك: رسالة والدنا الأستاذ: حبار محمد تحت عنوان "نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الاسلامي"، مقدمة لمعهد ابن عكنون - جامعة الجزائر، 1986، ص 176 وما بعدها.

ويثير هذا الجزاء الخطير، المتمثل في بطلان العقد ، الكثير من التساؤلات التي تتمثل في بيان : الحالات التي تندرج ضمن كل من نوعي البطلان ، وتحديد الاشخاص الذين يجوز لهم التمسك بالبطلان ، وبيان ما اذا كان البطلان قابلا للنزول عنه أو لا ( أي قابلا للاجازة وفقا للاصطلاح المتداول حاليا أو غير قابل لذلك ) ، وتوضيح الاثار المترتبة على تقرير البطلان ، وما اذا كان يمكن أن تكون دعوى البطلان محلا للتقادم .

وباستقراء آراء الفقه في هذا الصدد (1) ، يتضح أنه يتجه في منحاه الغالب الى التفرقة ما بين الشروط المتطلبة لقيام العقد ، والتي يترتب البطلان كجزاء على مخالفتها ، وما بين الاثار التي تترتب على البطلان حالة تقريره .

ففيما يتعلق بشروط قيام العقد وشروط صحته ، التي يتقرر البطلان كجزاء على تخلفها ، فان المعتمد بشأنها أن البطلان الذي قد يترتب على مخالفتها ، يخضع لنفس القانون الذي يحكم الركن أو الشرط الذي كان مدعاة لهذا البطلان . وفي تبرير ذلك يقرر القائلون بهذا الرأي أن البطلان ليس سوى جزاء يترتب على تخلف الاركان المتطلبة لقيام العقد أو لشروط صحته ولذلك يجب أن يخضع لنفس القانون الذي يحكم هذه الاركان أو هذه الشروط (2) .

وتطبيقا لهذا الرأي ، فاذا كان بطلان العقد راجعا لعدم توفر ركن التراضي ، فان هذا البطلان يخضع لنفس القانون الذي يحكم عنصر التراضي نفسه ،

---

(1) يراجع بصدد هذا الجدل الفقهي : ج . د ولابراديل ، تنازع القوانين بصدد البطلان (من القانون الداخلي الى القانون الدولي الخاص) ، باريس ، داللوز 1967 .
G. De la Pradelle, les conflits de lois en matière de nullité (du droit interne au droit international), Paris, Dalloz, 1967.

(2) يراجع في هذا التحليل : باتيفول ، رسالته في العقود الدولية ، بند 448 آرمنجون ، الموجز ، ج 2 بند 100 .

و اذا كان مرجع البطلان هو عدم توافر أهلية التعاقد في أحد طرفي العقد ، فان البطلان يخضع حينئذ لنفس القانون الذى يحكم هذه الأهلية أى لقانون الجنسية (1).

و اذا ما تم تحديد القانون الذى يحكم البطلان المترتب كجزاء على عدم توافر أركان العقد أو شروط صحته ،فان هذا القانون هو الذى يحدد لنا طبيعة البطلان من حيث كونه مطلقا أو نسبيا ، و يبين الأشخاص الذين يخولون حق التمسك بهذا البطلان ، و يوضح ما اذا كان هذا البطلان قابلا للنزول عنه أو لا (2) ، الى جانب بيان الأجل الذى يجب رفع دعوى البطلان خلاله (3).

أما فيما يتعلق بالآثار التي تترتب على تقرير البطلان (4) ، كالالتزام بالرد و الالتزام بالتعويض ،فان هذه الآثار لا تكتسي طابعا عقديا لأن المفروض

---

(1) مع ضرورة مراعاة الاستثناء المنصوص عليه في المادة 10/ 2 من القانون المدني الجزائرى التي نصت على ما يلي : " و مع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر و تنتج آثارها فيها ، اذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه ،فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته و في صحة المعاملة " . في تحليل شروط تطبيق هذا الاستثناء و أساس اعتماده ، يراجع : أ/ الدكتور علي علي سليمان ، مذكرات... المرجع السابق ، ص ص 65 - 68 .

(2) هذا و نشير بصدد حق النزول عن التمسك بالبطلان ( أو ما اصطلح على تسميته بالاجازة ) ، أنه يشكل في رأى الفقه الراجح تصرفا مستقلا عن التصرف الأصلي . ولذلك فان هذا الفقه لا يمانع في اخضاعه لقانون مغاير للقانون الذى يحكم التصرف الأصلي (موضوع هذا النزول ) و ان كان يضع بهذا الصدد قرينة بسيطة مؤداها افتراض خضوع الاثنين : أى حق التنازل عن طلب البطلان و التصرف الأصلي ،لقانون واحد يتمثل في القانون الذى يحكم التصرف الأصلي . يراجع في ذلك : باتيفول و لاجارد ، المطول ، ج 2 بند 601 .

(3) يراجع في اعتماد القضاء الفرنسي لهذا الحل : باتيفول و لاجارد ، المطول ، ج 2 ، بند 601 .

(4) تراجع بهذا الصدد التحليلات الواردة بصفحة 338 وما بعدها من رسالة والدنا الأستاذ : حبار محمد الآنفة الذكر .

أن العقد بعد تقرير بطلانه قد زال من الوجود . ولذلك كان هذه الاثار تخرج من نطاق قانون العقد لتخضع للقانون الذى يحكم الالتزامات غير التعاقدية[1].

وباشارتنا الى القانون الواجب التطبيق على بطلان العقد ، نكون قد انتهينا من بيان الأحكام الواجبة الاعتماد بشأن تنازع القوانين الذى قد يطرأ في مرحلة تكوين العقد ، وننتقل الآن لدراسة الحلول المعتمدة بصدد تنازع القوانين الذى قد يحدث بالنسبة الى آثار العقد .

* بيان القانون الواجب التطبيق على آثار العقد :

وقبل أن نتناول بالبحث القانون الواجب التطبيق على آثار العقد ، لنا أن نتساءل عن المقصود بهذه العبارة .

وسبب طرحنا لهذا السؤال مرجعه الى التفرقة التي أقامها الفقيه بارتول بهذا الصدد والتي وضحت معالمها على يد الفقيه فولكس " Foelix " . فقد كانت هذه التفرقة تقوم على أساس التمييز ما بين " آثار العقد المباشرة " ( effets immédiats du contrat ) و " آثاره غير المباشرة ( suites du contrat ) وكان يقصد بآثار العقد المباشرة تلك "الاثار التي تنجم عن طبيعة التصرف أو عن ممارسة الحق المقرر بموجب هذا التصرف، أى الحقوق والالتزامات التي استهدف أطراف العقد انشاءها ، والحقوق والالتزامات المرتبطة بهذا العقد ( inhérents au contrat ) والتي تدخل في مضمونه سواء أحصل ادخالها ضمنه بصفة

---

(1) د /عزالدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص ،ج 2 المرجع السابق ،بند 135، ص 464 . د /هشام علي صادق ،تنازع القوانين بصدد المسئولية التقصيرية، بند 46،ص 99، ومؤلفه في تنازع القوانين ، بند 187 ،ص 673، باتيفول ، الرسالة ،بند 45 .

مباشرة أم غير مباشرة (1). أما الآثار غير المباشرة " فتندرج ضمنها الحقوق والالتزامات التي يتولى المشرع تنظيمها بمناسبة انشاء تصرف أو ممارسة حق ما ، وبعبارة أخرى فان هذه الآثار لا تتصل بالعقد المبرم بصفة مباشرة وانما تنشأ من جراء عوامل خارجة عن العقد ، وهي عوامل تنجم عن ظروف خارجة وجد فيها الأطراف من جراء العقد المبرم " (2) ، ومن قبيل هذه الآثار النتائج التي تترتب على اهمال المدين وخطئه كالتعويض والاسترداد .

واعتمادا منه لهذه التفرقة (3) بصدد آثار العقد ، قرر الفقيه فولكس اخضاع آثار العقد المباشرة لقانون العقد ، أما الآثار غير المباشرة فقد قرر اخضاعها لقانون المحل الذي تنشأ في ظله الظروف التي أدت الى تحققها ، بدعوى أن هذه الآثار انما هي حصيلة قيام هذه الظروف وليست مترتبة على العقد ذاته .

على أن هذه التفرقة ، مهما بذل صاحبها في الدفاع عنها ، لم تنل تأييد الفقه الحديث . نعم ، اننا لا ننكر أن الالتزامين المتمثلين في تنفيذ الالتزام ،

---

(1) Les effets du contrat "dérivent de la nature même de l'acte ou de l'exercice du droit établi par cet acte, ce sont les droits et obligations que les parties ont positivement entendu créer ; les droits et les obligations inhérents au contrat, qui y sont contenus médiatement ou immédiatement."

(2) Sous la dénomination de " suites du contrat ", on comprend les obligations ou les droits que le législateur fait naître à l'occasion de l'acte ou du droit; les suites n'ayant pas une cause inhérente au contrat même, elles résultent d'événements postérieurs au contrat, qui surviennent à l'occasion des circonstances dans lesquelles le contrat a placé les parties."

(3) يراجع في تحليل معطيات هذه التفرقة : آرمنجون ، الموجز ، ج 2 ، ط 3 بند 125 ، لولوبور بيجونيير ، الموجز ، ط 7 ، بمساعدة الاستاذ لوسوارن ، بند 476 .

و التعويض في حالة عدم التنفيذ منفصلان عن بعضهما البعض، اذ أن الأول (أي الالتزام بالتنفيذ ) يترتب مباشرة على العقد ، وأن الثاني (أي الالتزام بالتعويض في حالة عدم التنفيذ ) يتم بغض النظر عن ارادة أطراف العقد . غير أن استعمال مثل هذه التفرقة في اطار تنازع القوانين ، و القول تبعا لذلك باختلاف القانون الذي يحكم كلاً منهما أمر غير سليم ، لأن المفروض أن ارادة الطرفين قد اتجهت، حين ابرامهما لعقدهما ، الى تنفيذ العقد و الى بيان الحقوق و الالتزامات التي تتحقق في حالة عدم تنفيذ العقد سواء كان عدم التنفيذ كليا أو جزئيا . وبناء على ذلك ، فان المنطق القانوني يقتضي اخضاع الآثار المترتبة على العقد بكاملها لقانون واحد (1).

و اذا كان المنطق القانوني يقتضي اخضاع آثار العقد بكاملها لقانون واحد ، فان أغلب الفقه يؤثر تحديد هذا القانون بقانون العقد (2).

هذا ، و تحليل هذه الآثار يكشف عن أنها نوعان : فهناك آثار يرتبها هذا العقد بالنسبة الى الأشخاص ، و هناك آثار تترتب بالنسبة الى موضوعه .

- <u>آثار العقد بالنسبة الى الأشخاص :</u>

و المقرر في هذا الاطار ، هو اخضاع هذه الآثار لقانون العقد . و لذلك فان هذا القانون يبقى المرجع في تحديد الأشخاص الملتزمين بهذا العقد وبيان

---

(1) فايس ، القانون الدولي الخاص، ط 9 ، ص 579، بارتان ، المبادئ ، ج 2، بند 322، ص 396، نيبوايبه ، المطول ، ج 5، بند 1410 و مابعده ، باتيفول ، رسالته في العقود الدولية ، بند 492 و ما بعده .

(2) نيبوايبه ، المطول ، ج 5، بند 1410 ، باتيفول ، رسالته في العقود الدولية ، بند 452 ، باتيفول و لاجارد ، المطول ، ج 2، بند 602 و مابعده ، ص 329 و مابعدها ، الأستاذ : محمد أسعد ، ج 1، المرجع السابق ، ص 302 .

المستفيدين منه سواء أكانوا من المتعاقدين أم من الغير. وبناء على ذلك ، فانه اذا تعلق الأمر بتعهد عن الغير أو بالاشتراط لمصلحة الغير ، فانهما يخضعان لنفس القانون الذى يحكم الالتزامات العقدية التي أدت الى نشوئهما. أما اذا استلزم الأمر بيان ما اذا كان للخلف العام أن يستفيد من العقد ، فان ذلك يخرج عن نطاق قانون العقد ليخضع للقانون الذى يحكم الميراث (1).

وما دمنا بصدد تحليلنا لآثار العقد بالنسبة الى الأشخاص ، فاننا نشير الى أن النيابة في التعاقد كانت مثار جدل فقهي ، بحيث تشعبت آراء الفقهاء بشأنها (2).

وباستقراء الحلول الفقهية التي قيل بها في هذا المضمار ، نجدها تتحدد بالآراء الستة التالية .

---

(1) باتيفول ، رسالته في العقود الدولية ، البندان 459 و 460 ، باتيفول ولاجارد ، المطول ، ج 2 ، بند 603 ، نيبواييه ، المطول ، ج 5 ، بند 1495 .

(2) يراجع في هذا الجدل الفقهي : د / جمال مرسى بدر ، النيابة في التصرفات القانونية : طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها ، مصر 1980 ، بند 195 وما بعده ، ص 398 وما بعدها .

أما النيابة القانونية ، فانها لا تثير اشكالا ، فاذا كانت هذه النيابة مقررة لحماية ناقدى الأهلية أو ناقصيها ، فانها تخضع في ظل نظامنا القانوني لقانون جنسية الشخص المشمول بالحماية ، وفقا لما يقضي به صريح نص المادة 15 مدني جزائري التي نصت على مايلي : "يسري قانون الشخص الذى يجب حمايته القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية و الوصاية و القوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية المحجورين و الغائبين". أما اذا كانت هذه النيابة متعلقة بالفضولي الذى يجرى عملا لصالح رب العمل ، فانها تخضع لنفس القانون الذى يحكم الفضالة ، و الذى يتحدد بقانون المكان الذى تصرف فيه الفضولي لصالح رب العمل ، اعمالا للحكم الوارد بالمادة 20/ 1 مدني جزائري التي نصت على ما يلي : "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام" .

فهناك من قال بوجوب تطبيق قانون الارادة ، على أساس أن هذا القانون لا يعدل عنه الى غيره الا اذا لم يكن هناك تعبير عن هذا القانون ،مع ملاحظة أن المقصود بقانون الارادة هنا هو القانون الذى يحدده الأصيل بحيث أنه اذا أشار الأصيل في الانابة الصادرة عنه الى قانون معين ،فان هذا القانون يحكم النيابة بكاملها دون أى اعتبار لارادتي النائب و الغير المتعامل مع هذا النائب .

و هناك من الفقهاء من ارتأى تطبيق القانون الشخصي للأصيل ،و الذى يتحدد في نظرهم إما بقانون موطن هذا الأصيل أو بقانون جنسيته ، مستندا في ذلك الى أن الأصيل هو الأولى بالحماية من مغبة التصرفات التي قد يجريها نائبه بالخارج ، و أن هذه الحماية لا تتأتى الا بتطبيق القانون الشخصي للأصيل .

و هناك من آثر تطبيق قانون موطن النائب ، على اعتبار أن النائب هو صلة الوصل ما بين الأصيل و الغير ، و أن قانون موطن النائب يكون معروفا عادة لكل من الأصيل و النائب .

و الى جانب الآراء السابقة ، ارتأى بعض الفقه تطبيق قانون العلاقة الداخلية ، بحيث أن القانون الذى يحكم علاقة الأصيل بالنائب يمتد أثره ليحكم النيابة التعاقدية بكاملها أى حتى فيما يتعلق بآثارها . و ذهب جانب آخر الى اعمال قانون العقد المبرم بين النائب و الغير على أساس أن هذا العقد هو الهدف المقصود من الانابة . و فضل رأى أخير تطبيق قانون المكان الذى تعاقد فيه النائب بدعوى أن هذا القانون غالبا ما يطابق قانون العقد .

و الواقع هو أن تعدد هذه الآراء الفقهية يكشف الى حد بعيد عن اختلاف الأنظمة القانونية في تحديدها للطبيعة القانونية للنيابة في التعاقد . فالفقهاء المتأثرون بالنزعة التقليدية التي تعتبر النيابة مجرد عنصر من عناصر عقد الوكالة تجعلهم يعمدون الى اخضاع النيابة في التعاقد لنفس القانون الذى يحكم عقد الوكالة و الذى يتحدد بقانون العلاقة الداخلية . أما القائلون باسناد علاقة النيابة لقانون العقد الذى يبرمه النائب مع الغير ، فانهم يرون أن الهدف من النيابة هو أساسا تحقيق ابرام هذا العقد ، و لذلك فانهم يرون الوقوف عند حد العقد المبرم بين النائب و الغير .

يضاف الى ذلك أن الفقهاء قد اختلفوا بصدد وجهات نظرهم عن طريق اهتمامهم بطرف معين في النيابة التعاقدية . فالفقهاء الذين يرون أن الأصيل أجدى بالحماية عمدوا الى اعتماد ضوابط اسناد تتعلق بهذا الأصيل فحددوها بقانونه الشخصي (أى قانون موطنه أو قانون جنسيته ) . أما الفقهاء الذين ارتأوا أن حماية الغير أولى و أجدر ، فانهم ارتأوا اعمال ضوابط اسناد تتعلق بهذا الغير ، فحددوها بقانون موطن النائب أو بقانون مكان التعاقد ، أو بقانون العقد الذى يبرمه النائب .

- <u>آثار العقد بالنسبة الى الموضوع :</u>

و تثار في هذا الصدد عدة مسائل ، نتولى تحليل أحكام بعضها فقط في هذه الفقرة . أما بعضها الآخر فسنكتفي بالاشارة اليه لأننا سنتناوله تفصيلا في القسم الثاني من هذه الرسالة .

* تفسير العقد :

استقر الفقه وسايره القضاء في الكثير من الدول كفرنسا وانجلترا وبريطانيا على اخضاع مسألة تفسير العقد لقانون العقد (1).

على أن هذا الرأي قد عارضه بعض الفقه الذي ارتأى تطبيق قانون محل الابرام بهذا الخصوص، بدعوى أن الأمر يتعلق في هذه الحالة بمسألة واقع، وأن المتعاقدين اذ يستخدمان مصطلحات معينة انما يكونان قد استخدما المعنى المقرر بهذا الصدد في ظل قانون بلد الابرام.

غير أن هذا الاعتراض بقي يشكل رأيا شاذا في الفقه لانه يقوم على أساس الخلط بين قواعد التفسير التي تعتبر مسألة قانونية، وبين معاني المصطلحات التي تعتبر من أمور الواقع، وبناء على ذلك، فانه لا يكفي أن يستخدم طرفا العقد اصطلاحا معينا مستعارا من قانون محل الابرام كوحدة قياس محددة، لكي يمكن أن نستخلص من ذلك وجوب اخضاع تفسير العقد لهذا القانون (2).

واذن فان قانون العقد يبقى القانون الوحيد المؤهل لحكم مسألة تفسير العقد، على أن اقرار هذا المبدأ لا يمنع، في نظرنا، حالة اعتماد الطرفين المتعاقدين لمصطلحات خاصة بقانون دولة معينة، من الرجوع الى قانون هذه الدولة لتحديد مضمون هذه المصطلحات، لأن رجوعنا الى هذا القانون انما يتم بقصد التعرف على مفهوم هذه المصطلحات فقط، مع العلم بأن التفسير الذي يعطى لها من طرف قضاة الموضوع يبقى من قبيل مسائل الواقع اللهم الا اذا وقع مسخ

---

(1) أ/ الدكتور علي علي سليمان، مذكرات... ، بند 53، ص 121، باتيفول ولاجارد، المطول، ج 2، بند 604.

(2) أ/ الدكتور علي علي سليمان، مذكرات... ، بند 53، ص 121.

لمعاني مصطلحات واضحة ، ففي مثل هذه الحالة ليس هناك ما يمنع من عرض هذه المسألة على المجلس الاعلى وفقا لما هو مقرر بصدد تفسير العقود (1) .

× تنفيذ الالتزامات العقدية :

ويخضع هذا التنفيذ بدوره لقانون العقد ، فهذا القانون هو الذي يحدد التزامات الأطراف المتعاقدة ، فيوضح ما اذا كان الالتزام المتنازع بشأنه والمترتب في ذمة أحد الطرفين المتعاقدين التزاما بوسيلة أو التزاما بتحقيق نتيجة ، كما أن هذا القانون يبين شروط قيام المسئولية العقدية ، ويتولى تحديد حالات التنفيذ العيني ، والطريقة التي يتم بها هذا الوفاء ، والحالات التي يتم التنفيذ فيها بمقابل ، وحكم التعويض القانوني (أي الفوائد القانونية ) ، الى جانب حكم الشرط الجزائي والتهديد المالي وفسخ العقد والدفع بعدم تنفيذه .

ونكتفي هنا بالاشارة الى المبدأ العام الذي يحكم هذه المسائل المختلفة ، لأننا سنتعرض لتحليل أحكامها فيما بعد تفصيلا (2) .

× أوصاف الالتزام وانتقاله :

تخضع أوصاف الالتزام لقانون العقد ، شأنها في ذلك شأن انتقال هذا الالتزام . فهذا القانون هو الذي يتولى بيان مدى صحة الشرط ، والأثر الذي يترتب على تحققه أو تخلفه ، ويبين حكم الأجل والآثار المترتبة على تحققه وأسباب سقوطه . كما يحكم حالة تعدد محل الالتزام يستوى في ذلك أن يكون

---

(1) باتيفول ولاجارد ، المطول ، ج 2 ، بند 604 .

(2) يراجع في ذلك ، ما سيأتي تحليله بالقسم الثاني من هذه الرسالة ، ص 421 وما بعدها .

هذا التعدد تخييريا أو بدليا ، وحالة تعدد الأطراف سواء أترتب على هذا التعدد تعدد ايجابي أم سلبي (1) ،فضلا عن سريانه بشأن عدم قابلية الدين للانقسام .

واذا كان قانون العقد يحكم كل ما يتعلق بأوصاف الالتزام ، فان لنا أن نتساءل عما اذا كان نطاقه يمتد أيضا ليشمل ما يتعلق بالحوالة بنوعيها : حوالة الحق وحوالة الدين .

ولو رجعنا الى القضاء الفرنسي ، وان كانت أحكامه قد صدرت بشأن حوالة الحق ، نلاحظ أنه قد بدا في الكثير من أحكامه نحو اخضاع مسألة اعلان حوالة الحق لقانون موطن المدين المحال عليه (loi du domicile de débiteur cédé) .
وفي تبرير هذا المنحى القضائي ،يقرر الفقه بفرنسا أن سبب اعتماد القضاء الفرنسي لتطبيق هذا القانون يكمن في كون اعلان الحوالة كثيرا ما يتمركز بموطن المدين ، وأن الغير الذين قد يرغبون في الاطلاع على هذه الحوالة يبقى بامكانهم معرفة ذلك باستنادهم الى قانون موطن المدين (2) .

على أن اعتماد القضاء الفرنسي لمبدإ تطبيق قانون موطن المدين فيما يتعلق باعلان الحوالة ، لم يمنعه من تمكين الأطراف المتعاقدة من تطبيق قانون آخر .

---

(1) وفيما يتعلق بالكفالة ، فانها وان كانت تعتبر تصرفا مستقلا ،فان الفقه وضع قرينة بهذا الصدد مؤداها أن ارادة الطرفين فيما يتعلق بعقد الكفالة تنصرف الى اخضاعه لنفس القانون الذي يخضع له الالتزام المكفول .يراجع في ذلك : د/علي علي سليمان ، مذكرات . . . ،ص 122 ،باتيفول ولاجارد ، المطول ، ج 2 ، بند 610 .

(2) باتيفول ولاجارد ،المطول ، ج 2 ،بند 611 .هذا ونشير الى أن هذا المنحى قد وجد صدى له لدى بعض الفقه العربي .يراجع في ذلك : الدكتور/هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ص 687 الهامش (4) .

فتحليل الأحكام الصادرة عن هذا القضاء يكشف عن أنه لا يمانع في اخضاع العلاقات التي تقوم بين المحيل و المحال عليه للقانون الذى يحكم علاقة الدائنية بحيث أن هذا القانون هو الذى يتولى تحديد حقوق المحيل و التي تنتقل الى المستفيد من الحوالة، كما أنه يبين التزامات المحال عليه بحيث تبقى كما هي محددة في العقد الأصلي ولا تتأثر بالحوالة الصادرة من الدائن (1). وفيما يتعلق بالعلاقة التي تنشأ بين الدائن المحيل و المستفيد من الحوالة، فان القضاء الفرنسي لا يعارض في اخضاع هذه العلاقة لقانون مستقل و مغاير للقانون الذى يحكم الحق المحال، وان كان الغالب هو أن القانون الذى يحكم هذه العلاقة هو نفس القانون الذى يحكم الحق المحال (2).

و مثل هذه الحلول المعتمدة في اطار حوالة الحق، يمكن اعمالها في اطار حوالة الدين أيضا التي تولى المشرع الجزائرى تنظيم أحكامها، على عكس المشرع الفرنسي، بمقتضى المواد 251 و ما بعدها من القانون المدني. ويترتب على ذلك، أنه ليس هناك ما يمنع من اخضاع العلاقة التي تنشأ بين المحيل و المحال اليه، بمقتضى هذه الحوالة، لقانون مغاير للقانون الذى يحكم الدين موضوع الحوالة، وان كانت وحدة العقد تقتضي اخضاع هذه العلاقة لنفس القانون الذى يخضع له الدين المحال. كما أن مبدأ وحدة العقد يدعو بدوره الى اخضاع العلاقة التي تنشأ بين المدين المحال اليه و الدائن (المحال عليه) لنفس القانون الذى يحكم الدين الأصلي أيضا، بحيث أن هذا القانون

---

(1) و (2) باتيفول و لاجارد، المرجع و الموضع السابقان. و هو نفس الحل المعتمد لدى القضاء المقارن. يراجع في تأكيد ذلك: باتيفول و لاجارد ج2، الهامش 56 الملحق بالبند 611.

هو الذى يحدد لنا السلطات المخولة للدائن ومدى امكان سريان حوالة الدين في مواجهته وشروط هذا السريان .

× أسباب انقضاء الالتزام :

اذا كان المقرر كما أسلفنا هو أن كل ما يتعلق بتنفيذ العقد يخضع لقانون هذا العقد ، فان أسباب انقضاء الالتزامات العقدية تخضع بدورها لهذا القانون أيضا .

فقانون العقد هو الذى يحكم الوفاء أو التنفيذ الاختيارى و شروط صحته ، ويتولى بيان من يصح منه الوفاء وموضوع هذا الوفاء وزمانه ومكانه ، وإن كان النظام العام قد يتدخل ليحول دون تطبيق قانون العقد كما لو كان هذا القانون يقر شرط التعامل بالذهب أو بعملة معينة في حين أن قانون القاضي لا يجيز هذه الطريقة في الوفاء .

واذا كان قانون العقد يحكم الوفاء ، فان مجاله يتسع الى التجديد أيضا . على أنه اذا كان من شأن التجديد انشاء التزام جديد ، فانه يتعين في هذا التجديد أن يكون صحيحا وفقا للقانونين : أى القانون الذى يحكم الالتزام القديم والقانون الذى يخضع له الالتزام الجديد ، لأن تحقق هذا الشرط وحده هو الذى يسمح من التحقق من أن الالتزام الجديد قد نشأ صحيحا وأن الالتزام القديم قد انقضى .

كما أن قانون العقد يتسع ليحكم الابراء أيضا ، فهو الذى يحدد ما اذا كانت ارادة الدائن وحدها كافية لتحقيق هذا الابراء أو أنه لابد من وجود اتفاق بشأن ذلك .

وفيما يخص التقادم المسقط، فاننا سنتناوله تحليلا فيما بعد (1). ونكتفي هنا بالقول بأنه يخضع في الرأى الغالب في الفقه لقانون العقد، وأن هذا القانون هو الذى يحدد آثار التقادم، ومدته، وأثره، وأسباب وقفه وانقطاعه.

أما فيما يخص المقاصة، فان الأمر يستلزم التفرقة بشأنها بين المقاصة الاتفاقية، والمقاصة القضائية، والمقاصة القانونية.

فاذا كانت المقاصة اتفاقية، فانها تعتبر عقدا جديدا، ولذلك تخضع لقانون خاص بها دونما أى اعتبار للقانون الذى يحكم الدينين موضوع المقاصة.

واذا كانت المقاصة قضائية، فانها تفلت من مبدأ سلطان قانون العقد لتخضع لقانون القاضي، وهو حل منطقي، لأن الأمر يتعلق في مثل هذه الحالة بسلطان القاضي في اجراء مقاصة لم تتوافر فيها شروطها القانونية.

أما اذا كانت المقاصة قانونية، فانها لا تثير اشكالا اذا ما تعلق الأمر بدينين خاضعين لنفس القانون، لأن هذا القانون هو الذى يسرى على المقاصة في هذا الفرض. ولكن الاشكال يظهر اذا ما اختلف القانونان اللذان يحكمان الدينين موضوع المقاصة. ولحل هذا الاشكال فقد ظهرت آراء أربعة (2):

فقد ذهب فريق أول الى وجوب تطبيق قانون القاضي، بدعوى أن الأمر يتعلق في مثل هذه الحالة بتنظيم الدفوع، وأن تلك مسألة اجراءات يتعين اخضاعها للمبدأ العام الذى يحكم اجراءات التقاضي أى لقانون القاضي.

---

(1) يراجع ما سيأتي تحليله بصفحة 488 **وما بعدها** من هذه الرسالة.

(2) يراجع في عرض هذه الآراء المختلفة، باتيفول ولاجارد، المطول، ج 2، بند 614، والهامش 71 الملحق بهذا البند.

غير أن هذا الرأى اعترض عليه ،لانه يتجاهل الطبيعة الحقيقية للمقاصة بوصفها سببا من أسباب انقضاء الالتزام وأنها تتعلق لهذا السبب بالموضوع وليس بالاجراءات .

وارتأى فريق ثان تطبيق القانون الذى يحكم الدين الذى تم الدفع بانقضائه ، على أساس أن هذا الالتزام يعد موضوع المطالبة في هذا الفرض

غير أن هذا الرأى يعاب عليه أنه يتجاهل الالتزام الذى يكون قد ينشأ كأثر للمقاصة .

وفضل فريق ثالث تطبيق القانون الذى يحكم الالتزام الذى نشأ أخيرا على أساس أن نشوء هذا الالتزام هو الذى يؤدى الى تحقيق المقاصة .

ولكن هذا الرأى ،كما هو واضح من مضمونه ،يتجاهل أن المسألة تتعلق أساسا بانقضاء الالتزام الأول .

وأمام هذه الاتجاهات الثلاثة ، قال اتجاه رابع بالللجوء الى القانونين اللذين يحكمان الدينين موضوع المقاصة وتطبيقهما تطبيقا جامعا .

واذا ما وازنا بين الآراء الأربعة ، يبدو لنا أن آخرها هو الراجح اذ المفروض أن المقاصة تهم الدينين معا ،فالمقاصة لا تنشأ من الناحية القانونية الا اذا كان القانونان اللذان يحكمان الدينين يجيزان اجراء هذه المقاصة ، كما أن المقاصة لا تؤدى الى زوال أحد الدينين فقط، بل يترتب على اعمالها زوالهما معا .

وبتحديدنا للقانون الذى يسرى بشأن المقاصة نكون قد أشرنا ، ولو اشارة عابرة ، الى مجال تطبيق قانون العقد والاستثناءات التي قد ترد عليه وذلك

مراعاة منا للمبدأ المستقر عليه في ظل مختلف الأنظمة القانونية الذي يقضي بضرورة ربط العقد الدولي بقانون دولة ما . على أننا نلفت الانتباه الى أن تأكيد هذا المبدأ واعتماده في ظل التطبيق الدولي والاتفاقيات الدولية لم يمنع من ظهور اتجاه حاول تجريد العلاقات التجارية الدولية، والعقود الدولية بالتبعية لها باعتبارها وسيلة لتحقيق هذه العلاقات، من فكرة خضوعها لقانون وطني ، اذ ارتأى ابدال ذلك بما أسماه "بقانون التجار" ، وهو الاتجاه الذي نتعرض له في الفصل التالي .

# الفـــصل الـثـالـــث
xxxxxxxxxxxxxxx

## السعي نحو تحرير العقد الدولي من كل صلة بالقــوانين الوطنيـة

اذا كان المبدأ المقرر حاليا هو ـ كما أسلفنا ـ أن كل عقد دولي ـ يـرتـبط حتمـا بقانون دولة معينة ،فان التطبيق الدولي قد أثبت أن الكثير من رجال الاعمال ، قد حاولوا في اطار عـلاقتهم التجارية التخلص من هذا المبدأ ، و اخضاع عقدهم لما يطلق عليه اصـطلاحا عـبارة قانون التجار" lex mercatoria " .

كما أن هذا الاتجاه القائم على أساس استبعاد مبدأ اخضاع العقد الدولـي لقانون دولة ما قـد ظـهر أيضا في اطار العلاقات التجارية الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها حينما تدخل في علاقات تجارية مع الخواص . و نظرا للطابع الخاص لهذه العلاقـة ،فقد ارتأى البعض اخضاعها لما أسماه بالنظام الاقتصادي الثالث ( tiers ordre économique ) و هو نظام يمتـاز بكونه مستقـلا اذ تنـتفي فيه كل من النزعـتين الوطنية و الدولية ، كما أن بعض الفقـه ارتأى فيه وسيلة فعالة لاستبعـاد التقـسيم الثنائي التقليدي القائم على أساس تقـسيم الانـظمة القانونية الى نظام وطني ونظام دولي ، ولمواجهة الواقع الجديد الذي فـرض نفـسه في الوجود " (1) .

على أنه سواء أخذنا بعين الاعتبار بما اصطلح على تسمية "بقانون التجـارة" أو ما أطلق عليه اصطلاح "النظام الاقتصادي الثالث"،فان هناك حقيقـة مؤكدة

---

(1) Prosper WEIL, problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier , Recueil de cours, académie de la Haye, 1963.II. N° 128, P. 18; Joe VERHOEVEN , arbitrage entre Etats et entreprises étrangères: des règles spécifiques?, in Revue Arbitrage, 1985, N° 4, N. 8 et suiv.; P. 618 et suiv.

تتمثل في أن التحكيم الدولي (1) قد أصبح اليوم يعتبر المصدر الأساسي الهام لكلا المجالين .

ولدراسة مدى قدرة العقد الدولي على التحرر من مبدإ الخضوع لقانون وطني ، أي لقانون دولة ما ، ليخضع بناء على ذلك لأحكام مغايرة ، فاننا سنجرى تفرقة بين وضعين يتعلق أولهما : بالعقود الدولية التي تتم بين الخواص ، ويتناول ثانيهما العقود الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها .

## المبحث الأول

+++++++++++++++

### العقود الدولية التي تتم بين الخواص

لقد ارتأى البعض أن العلاقات الخاصة الدولية ـ نظرا لطابعها الخاص ـ تستلزم وضع قواعد خاصة بهذا التعامل (2) ، استقر العمل على تسميتها

---

(1) ويثار في هذا الصدد تساؤل هام يتعلق بتحديد ماهية التحكيم الدولي . فقد يقال أن التحكيم يعتبر دوليا متى كان من شأنه أن يثير مشكلة تنازع القوانين ، سواء فيما يتعلق بسيره أو بالاجراءات التي تتبع في اطاره .

كما قد يقال أن التحكيم يعتبر دوليا متى كان يتعلق بمسألة ذات طابع دولي من حيث موضوعه . ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادة 1492 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسية الجديد من أن "التحكيم يعتبر دوليا متى كان يمس مصالح التجارة الدولية - Est international, l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international."

وهي مادة كما يتضح من مضمونها قد اعتمدت المعيار الاقتصادي في تحديدها لماهية التحكيم الدولي . في تفاصيل ذلك يراجع : Ph. Fouchard, quand un arbitrage est- il international ?, in Rev. arbitrage, 1970, P. 59 et suiv.; et du même auteur, le nouveau droit français de l'arbitrage, RDIDC 1982.29; J. Robert, l'arbitrage en matière internationale, D. 1980, chr. 189 et du même auteur: arbitrage ( droit interne, droit international privé ), 5° ed, Dalloz 1983, N. 257 et suiv., P. 219 et suiv.

(2) من بين الكتابات التي خصصت لهذه المسألة يراجع : Goldstajn, the law merchant in the journal of business law, 1961, P. 12; Goldman,

" بقانون التجار " ( lex mercatoria ) وهي قواعد روئ اللجوء اليهـا لعدم كـفاية القوانين الوطنية وعدم قدرتها على حل كل المشاكل التي تطـرأ بصدد العلاقات التجارية الدولية . ذلك أن القوانين الوطنية تستهدف عـادة حماية المصالح العامة للدولة التي أصدرت هذه القوانين ، وهي مصالح قـد لا تتطابق مع مصالح الخواص . كما أن اخضاع العقد الدولي لقانون وطني اعتمادا على ما هو مقرر في اطار القانون الدولي الخاص يجعل العلاقـة الدولية تعامل كأنها علاقـة داخلية . يضاف الى ذلك أنه لا وجود لقانون وطني بمقدوره حـل كل الاشكالات التي قد تحدث بصدد العقود التجارية الدولية . ولهذه الأسباب فان اخضاع العقد الدولي لما يسمى "بقانون التجار" يصبح في نظر أنصار هـذا الاتجاه أمرا ضروريا ، خاصة وأن هذا " القانون " يعتبر واحدا بالنسبة الـى جميع الدول ، وهو الذي حدا ببعض الفقـه الى تسميته " بالقانون المشترك الاقتصـادي droit commun économique " كما أنه يطبق من قبل أشخاص وهيئات متخصصة في التجارة الدولية ويتماشى مع رغبـات رجال الأعمال الذين يـرفضون عـادة عرض نـزاعـاتهم التجارية أمام جهـات القـضاء الوطني (1) .

---

frontières du droit et de la lex mercatoria, archives de philosophie du droit 1964, P. 17 7 ; Schmitoff, the law of international trade: its growth, formulation and operation, rapport général au colloque de Londres sur les sources du droit du commerce international, Londres 1964, P.3; B. Goldman, communication au com. fr. dr. int. pr. le 16 Mai 1979, publiée dans le clunet de 1979, P. 475 sous le titre suivant:"la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux."

(1) يراجع في هذا التحليل :

P. Level, le contrat dit sans loi, op. cit.; P. 226 et suiv.; Loussouarn et Bredin, droit du commerce international ,op. cit., N. 33, P. 40; Ph. Fouchard, l'arbitrage commercial international, Paris 1964; Minoli, l'arbitrage facteur d'unification du droit et de l'élimination des conflits de lois, Rev. arb. 1966 , N° 3, P. 63.

على أنه اذا كان التحكيم يلعب دورا هاما بصدد العقود الدولية التجارية ، واذا كان تطبيق الأعراف والعادات التجارية قد لقي عناية المحكمين ، فآن لنا أن نتساءل عما اذا كان من شأن كل من التحكيم والعمل الدولي القضاء كلية على منهج التنازع ؟

وقبل الجواب على هذا التساؤل في مجال القانون الواجب التطبيق ، تجدر الاشارة بداءة الى أن دور التحكيم في مجال حل المنازعات المتعلقة بالعقود الدولية يختلف عن دور القاضي الوطني .

ذلك أن القاضي الوطني المختص بالفصل في نزاع دولي ، يخضع لقوانين دولته التي تعرف اصطلاحا تحت عبارة " قواعد القاضي " والتي تحدد له كيفية الفصل في النزاع المنطوي على عنصر أجنبي سواء من حيث القواعد الاجرائية أو كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق . أما المحكم ، باعتباره "قاضيا خاصا" فانه لا يستفيد من مثل هذا التنظيم الدقيق المسبق (1)، وهو ما أوضحه الأستاذ : ب. ليفيل P. Level بقوله : " ان خاصية القضاء التحكيمي تتمثل في عدم وجود قاض وطني بالمعنى المراد في اطار القانون القضائي الدولي " (2).

والى جانب هذه الملاحظة الجوهرية ، هناك ملاحظة أخرى لا تقل عن

---

(1) يراجع في ذلك : Batiffol, l'arbitrage et les conflits de lois, Rev. arb. 1957, P.110; Ph. Fouchard, l'arbitrage commercial international ,op. cit., P. 378; B. Goldman, les conflits de lois en matière d'arbitrage commercial international, Académie de La Haye , 1963, tome 109, P. 367 ; Eric Loquin, les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, Clunet 1983, P. 298, N.15; J-M Jacquet, principe d'autonomie ...,N.116 et suiv., P. 91 et suiv.

(2) Juris- classeur de droit international, fascicule 585, N. 57.

سابقتها أهمية ، تتمثل في أن تطور العلاقات التجارية الدولية قد أدى الى خلق "قانون" جديد اصطلح على تسميته بالقانون التلقائي أو بالعمل الدولي .

وإذا راعينا هذه الحقيقة وهي عدم وجود نظام قانوني سابق يتقيد بـه المحكم لفض المنازعات المعروضة عليه ، وأن هناك قواعد في طور النمو تشكل نواة ما اصطلح على تسميته " بالقانون التلقائي " أو "بالعمل الدولي" ، فان علينا أن نجيب الآن على التساؤل المطروح سابقا والمتعلق بتحديد دور التحكيم في مجال العقود الدولية ، وبيان ما اذا كان من شأن التحكيم الدولي "والقانون التلقائي" القضاء على منهج التنازع .

## المطلب الأول

## دور التحكيم في اطار العقود التجارية الدولية بين الخواص ، ومدى تحلله من منهج التنازع لفض المنازعات المتعلقة بهذه العقود :

يقرر بعض رجال الفكر القانوني أن التحكيم يعتبر الوسيلة الفعالة لاحياء ما يدعى بقانون التجار " **lex mercatoria** " ويسمح من ثم بالتوصل الى وضع قانون مشترك بين الأمم ، وأن تحقيق هذا الهدف لا يتم الا اذا أعطي المحكمون فرصة فض النزاع بالطريق الودي (1) . فاعطاؤهم هذه السلطة

---

(1) في هذا المعنى: B. Goldman, Rép. dr. int., tome 1, V° arbitrage; N. 229, et cours académie de La Haye, les conflits de lois en matière d'arbitrage commercial international, op. cit., N.349 et suiV;; frontières du droit et de la lex marcatoria, op. cit. P. 177; règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international, communication au com. fr. de dr. int. pr. 1966-1969, P. 119; la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives, op. cit. Ph. Kahn, la vente commerciale internationale, op. cit., P. 20 et suiv.; Ph. Fouchard, l'arbitrage commercial international, op. cit., N. 576 et suiv.; Shmitoff, international business law, a new law merchant ,

هو وجده ، الذى يسمح لهم بالتجرد من الخضوع لنظام قانوني معين (1) ومن ثم يخولهم سلطة استبعاد الأحكام الوطنية التي يرونها متعارضة مع معطيات التجارة الدولية واعتماد الأحكام التي يعتبرونها أكثر ملاءمة للنشاط التجارى الدولي ، كتطبيقهم للقواعد التي تحكم علاقات الطائفة المهنية التي تنتمي اليها الأطراف المتنازعة . ومثل هذه السلطة إن تقررت للمحكمين ، فانها ستؤدى في نهاية المطاف الى اعطاء القرار الصادر عنهم قوة واحتراما لدى أطراف النزاع. وفي هذا الصدد يقرر الأستاذ : P. Level أن "اختيار الأطراف للقانون التجارى المشترك المعروف تحت اسم (قانون التجار lex mercatoria ) يتعين افتراضه بصدد كل عقد دولي يتضمن شرط التحكيم ، طالما لم يثبت العكس . . ." وأن " اختيار مهنيين مختصين للفصل في نزاع متعلق بنشاط تجارى معين ، يؤدى الى اعطاء هؤلاء المختصين الحق في أن يطبقوا تلقائيا قانونا طائفيا ، وهو قانون لا يرتبط بدولة معينة"(2).

كما أن هذا المبدأ قد اعتمد صراحة من قبل أحد المحكمين في بلجيكا ، اذ قرر هذا المحكم اعتمادا منه لرأي الأستاذ ج . روبير ـ بمقتضى قرار أصدره سنة 1970م أنه " اذا ابتغى (م) اخضاع المنازعات المترتبة على عقد دولي لقواعد التحكيم المعتمدة لدى غرفة التجارة الدولية ، فانه لم يكن يستهدف اخضاع هذه

---

Current law and social problems(University of Western Ontario), 1963(3), P. 129 et suiv.; Golstajn, the law merchant, the journal of business law, 1961, P. 12 et suiv.; Loussouarn et Bredin, droit du commerce international, op. cit., N.35, PP. 44-45.

(1) Ph. Fouchard, l'arbitrage commercial international, op. cit., N. 249.

(2) P. Level, communication au com. fr. de dr. int. pr. , le contrat dit sans loi, op. cit., PP. 230-231.

المنازعات لأحكام قانون وطني ، بل كان يريد أن يتم حل هذه المنازعات على ضوء البنود الاتفاقية ، وأحكام الأعراف و العمل الدولي ، وهو ما يتضح من الاطلاع على مرافعات ومقالات الأطراف " (1).

هذا ، والملاحظ هو أنه ليس هناك ما يمنع المحكمين نظريا من التجرد من الأحكام الوطنية و استخلاص قواعد مادية لحكم المنازعات التي قد تطرأ بصدد العقود التجارية الدولية التي تعتبر المجال الخصب لتدخل المحكمين في الوقت الحاضر. فهذه السلطة مقررة لهم بمقتضى الاتفاقيات الدولية ، كاتفاقية جنيف لعام 1961 التي نصت بمقتضى مادتها 7/ (1) ، على " أن الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يطبقه المحكمون على موضوع النزاع ، وأنه في حالة عدم تحديد هذا القانون من قبل الأطراف ، فان المحكم يطبق القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد التي يراها أكثر تطابقا مع الحالة المعروضة . وفي كلا الحالتين ، فان المحكمين يحددون هذا القانون على ضوء بنود التعاقد وأعراف التجارة ". ولتفسير هذه المادة وخاصة عبارة " القانون الواجب التطبيق" الواردة بها ، فان بعض الفقه يرى ضرورة اعتماد تفسير موسع بشأنها بحيث يرى أنه لا يجب أن يقتصر مجال تطبيقها على القوانين الوطنية فحسب ، بل يتعين أن يمتد ليشمل أيضا القواعد المهنية الطائفية ، والأعراف و المبادئ المشتركة للقانون الدولي ، على أساس أن هذا هو المعنى الذي قصده واضعو هذه الاتفاقية (2).

---

(1) يراجع في هذا الصدد : J. Robert, de la place de la loi dans l'arbitrage , liber amicorum For Martin Domke, La Haye, 1967 , P. 226 et suiv.

(2) B. Goldman, Rép. Dalloz, dr. int. V° arbitrage, op. cit., N.237.

على أنه اذا كان المحكمون يحاولون من الناحية العلمية أحيانا التجرد من منهج التنازع (كما حدث ذلك في قرار التحكيم رقم : 3894 لعام 1981 [1]، اذ عمدت هيأة التحكيم الى تطبيق قواعد البيع CAF المنظم في اطار الـ incoterms رغم عدم اعتمادها من قبل الأطراف المتعاقدة )، و اذا كان رجال الأعمال و التجار قد حاولوا التهرب من الأحكام التشريعية الوطنية ، و آثروا الخضوع لقواعد خاصة بمجال نشاطهم ، فان ذلك لا يعني أن التحكيم من شأنه في نظرنا ، أن يقضي كلية على منهج التنازع .

فتحليل قرارات التحكيم [2] يكشف عن أن المحكمين يعمدون عادة الى حل المشاكل المطروحة أمامهم باعتماد منهج التنازع، وهم بصدد قيامهم بذلك يتبعون المنهج التالي :

1 ) اذا ما حدد الطرفان القانون الواجب التطبيق سواء في العقد المبرم بداءة أو في اتفاق تحكيم لاحق ، فان المحكم يخضع لهذا الاختيار و يطبق بناء على ذلك القانون المختار دون أن يكون له الحق في أن يراقب مدى توافر صلة بين القانون المختار و العقد المبرم [3]. وفي هذا الصدد يقرر الأستاذ :دوران

---

(1) Clunet 1981, P. 987.

(2) يراجع في ذلك : Yves DERRAINS و هو أحد المتخصصين في هذا المجال في مقاله : les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, Mélanges Goldman, op. cit., N. 11 et suiv.; Julien D.M. Lew, la loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux...

و قد ترجم من الانجليزية الى الفرنسية من قبل : Anne Françoise RAVET-GOBBE و تم نشره بمجموعة : le contrat économique international éd. A. Pedone, Paris 1975, N.2, P. 152.

(3) و هو ماقررته غرفة التجارة الدولية بباريس بمقتضى قرار التحكيم الصادر عنها خلال سنة 1971 تحت رقم : 1512 (مشار اليه في مؤلف الأستاذ :علي بن شنب تحت عنوان الوسائل القانونية المتعلقة بالعلاقات التجارية الدولية للجزائر ، المرجع السابق ص 275 ، الهامش (1051 ) ، حيث ورد به ما يلي : "انه

-/-

Y. Derrains أن المحكم يكون ملزما بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة " لأن الحرية المقررة له بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق ، لا تلعب دورها الا في حالة عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على قانون معين لحكم العقد المبرم . أما في حالة قيام الأطراف باجراء خيار،فان المحكم يكون ملزما باحترام هذا الاتفاق"[1]. بل ان بعض الفقه يذهب الى أن التزام المحكم باحترام قانون الارادة يعتبر قاعدة مادية خاصة بالتحكيم الدولي [2]. لأن الأمر يتعلق في نظره بقاعدة خاصة بنوع من العقود الدولية التي تتمثل في العقود الخاضعة للتحكيم الدولي ، كما أنها تكتسي طابع العموم لأن المحكم مضطر الى تطبيق قانون الارادة بوصفه خيارا تشريعيا فقط ، وذلك على خلاف ما يحدث لو عرض النزاع على قاض دولة ما ، اذ أن القاضي يطبق قانون الارادة على أساس أن هذا القانون تشير اليه قاعدة الاسناد الواردة بقانونه الوطني ،كما أنه وهو بصدد تطبيقه لهذه القاعدة ،يراعي القيود الواردة بهذا القانون أيضا [3].

---

-/- ليس من حق الحكم أن يتدخل في الاختيار القانوني الذي يجريه طرفا العقد،طالما أن هذا الاختيار صريح ، وواضح ،ولا يشكو من أي غموض".

(1) Y. Derrains, Clunet 1979, P. 949.

هذا مع ملاحظة أن هذا الخيار التشريعي الذي يجريه الطرفان المتعاقدان قد يكون صريحا كما أنه قد يكون ضمنيا . في تأكيد ذلك ،يراجع : قرار التحكيم الصادر خلال سنة 1980 في القضية رقم : 3130 ،و المنشور بـ: Clunet لعام 1981 ،ص 932 - 933 .

(2) ج سم جاكي /مبدأ سلطان الارادة . . . المرجع السابق ،بند 152 ،ص 115.

(3) ج سم جاكي / المرجع السابق ، بند 153 ، ص 115-116.

على أننا من جانبنا لا نؤيد هذه الوجهة من النظر، لأنها قد تؤدي الى الخلط في المفاهيم الثابتة حتى الساعة و التي تقوم على التفرقة بين قواعد الاسناد و القواعد **المادية** ،معتمدة في ذلك معيارا مؤداه أنه اذا كانت قواعد الاسناد قواعد غير مباشرة أي تقتصر على اسناد النزاع لقانون معين، فان القواعد المادية على خلاف ذلك تعتبر قواعد موضوعية أي تعطينا الحكم الموضوعي الواجب التطبيق على النزاع بصفة مباشرة.

و اذن ، فانه اذا ما اختار الطرفان قانونا لحكم عقدهما ، فان **المحكم** يكون ملزما باحترام هذا الخيار. و مثل هذا الحل يتماشى مع اتفاقيات التحكيم الدولية كنظام محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ( المادة 13 ، 3 ) ، و نظام التحكيم الذى وضعته منظمة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولي ( C.N.U.D.C.I ) ( المادة 33 ) و اتفاقية جنيف لعام 1961 (المادة VII ).

كما أن هذا الحل يكون **واجب** الاعتماد أيضا اذا ما أورد الطرفان عناصر في العقد تساعد المحكم على تحديد القانون الواجب التطبيق، كاستخدامهم المعطيات الخاصة بنظام قانوني معين أو اختيارهما دولة ما لاجراء التحكيم بها ، و ان كانت هذه العناصر تبقى مجرد وسائل مساعدة فحسب بحيث لا يعول عليها كعناصر قاطعة في تحديد القانون الواجب التطبيق (1).

2 ) أما اذا لم يجر الطرفان أي خيار بشأن القانون الذى يحكم عقدهما ، فان هناك تساؤلا هاما يثار حينئذ بهذا الصدد ، و يتعلق بكيفية قيام المحكم بتحديد القانون الواجب التطبيق. و لحل هذا التساؤل ظهرت اتجاهات

---

(1) J. D. M. Lew , op. cit., N. 7 - 10 , PP. 155-157.

فقهية ثلاثة[1] :

الاتجاه الأول : وهو اتجاه تقليدي يدعو الى الزام هيأة التحكيم بتطبيق قواعد التنازع السارية المفعول بالدولة التي يوجد بها مقر هيأة التحكيم[2]. ولو حللنا منطق هذا الاتجاه، لوجدناه يجعل وظيفة المحكم شبيهة بدور القاضي حينما يتولى الفصل في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، اذ أن القاضي يكون ملزما في هذا الفرض بتطبيق قواعد الاسناد الواردة بقانونه لتحديد القانون الواجب التطبيق.

وقد تعرض هذا الاتجاه لانتقادات كثيرة. ذلك أنه يؤدي الى القضاء على كل دور خلاق لهيأة التحكيم، اذ أنه يقصر وظيفة الهيأة التحكيمية على حد تطبيق قانون الدولة التي يوجد بها مقرها. كما أنه يصعب تطبيق هذا الحل حالة عدم معرفة الدولة التي يوجد بها مقر هيأة التحكيم خاصة اذا تعددت مقار هذه الهيأة التحكيمية.

وأما الاتجاه الثاني : فيرى أن المحكم يفصل في النزاع باعتماد قواعد التنازع الواردة بالدولة التي قرر طرفا العقد اخضاع عقدهما لأحكامها المادية[3].

---

(1) يراجع في تحليل هذه الاتجاهات المختلفة : ج. روبير، مؤلفه في التحكيم الداخلي والدولي، طبعة 1983، المرجع السابق، بند 324 وما بعده، ص 279 وما بعدها.

(2) وقد اعتمد هذا الحل بمقتضى توصية امستردام الصادرة عن معهد القانون الدولي (المادة 11) والمنشورة بحوليات هذا المعهد لعام 1952، ج II، ص 494، وهو حكم انتقد بشدة. يراجع في هذا النقد رسالة الاستاذ : ج. م. جاكي، المرجع السابق، بند 144، ص 109.

(3) في هذا المعنى : Fragistas, arbitrage étranger et arbitrage national en droit international privé, R. 1960, P. 1 et suiv., Klein, Autonomie de la volonté et arbitrage, R. 1958, P. 256 et suiv.

و من البديهي أن المحكم هنا لا يخلق قواعد خاصة، ولكنه يطبق أحكاما واردة بنظام قانوني قائم وسابق على النزاع .

وأخيرا فيما يتعلق بالاتجاه الثالث، الذي يعتمده الأستاذ : B. Goldman (1) بفرنسا ، يرى أنه يتعين اعطاء المحكم الدولي سلطة خلق نظام قانوني دولي يعلو فوق كل الأنظمة القانونية الوطنية ( anational ) ويشتمل على قواعد اسناد وتكييفات ونظام علم خاصين به . وهو اتجاه اذا تم تبنيه ، فانه يؤدي الى اعتبار التحكيم مصدرا مستقلا لقانون التجارة الدولية ، اذ أنه يسمح للمحكمين بوضع قواعد اسناد خاصة بهم ومستقلة عن قواعد الاسناد المعتمدة بمختلف القوانين الوطنية .

وفي نفس هذا الاتجاه ، يمكن أن نشير الى الاقتراح الذي تقدم به الأستاذ : David CAVERS ومؤداه أن المحكمين حين تحديدهم للقانون الواجب التطبيق يلزمون بمراعاة اعتبارات معينة ، وليسوا مقيدين بقواعد ثابتة . ومن قبيل هذه الاعتبارات : تحقيق العدالة ، واختيار الحل الأكثر ملاءمة ، وحماية مصالح التجارة الدولية ، وضمان السير الحسن للمعاملات التجارية الدولية . . . " (2)

ولو بحثنا في هذه الاتجاهات المختلفة لاتضح لنا أن آخرها هو الذي كان له أثره في الناحية التطبيقية . وعلى سبيل المثال نشير الى أن اتفاقية جنيف لعام 1961 قد نصت في مادتها 7/1 على أن " الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يعتمده المحكم للفصل في موضوع النزاع القائم بينهم " وأنه " في

---

(1) B. Goldman, conflits de lois en matière d'arbitrage international , op. cit. , P. 367 et suiv.

(2) يراجع في تحليل معطيات هذا الاتجاه : J.D.M.Lew , op. cit., N.15 ; P. 160.

في حالـة عدم قيام الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق ،فان المحكمين هـم الذين يتولون تحديد هذا القانون على ضوء قاعدة الاسناد التي يرونهـا مطبقـة علـى النـزاع ".(1)

ان تحليل هذا الحكم الوارد بهذه المادة صريح ،في نظر بعض الفقهـاء،في اعطاء المحكم حق وضع قواعد الاسناد التي يتم الرجوع إليها لبيان القانون الواجب التطبيق في حالـة سكوت الأطراف عن تحديد هذا القانون .(2)

كمـا أن المادة 33 من قانون التحكيـم الصادر عن الـC.N.U.D.C.I تنص علـى أن "محكمـة التحكيم تطبق القانون الذى تشير اليه قاعدة الاسناد التي تعتبرها هــذه المحكمـة واجبـة التطبيـق على النـزاع ".(3)

---

(1) " Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige" et " à défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliquerent la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'éspèce."

(2) في هذا المعنى : الأستاذ :جولدمان /محاضراته بأكاديمية لاهاى ،المرجـع السابق،ص 388 ،فوشار ،التحكيم التجارى الدولي ،المرجع السابق،بند 564، لوساون وبرودان ،المرجع السابق،بند 34 ،ص 43 والهامش (5) ، على أن وجهة النظر هذه لم تؤيد من طرف فريق من الفقه الآخر الذى يرى أن المحكم يبقى ملزما باعتماد منهج التنازع الوارد بقانون دولة معينة ، ومن الفقهـاء المعارضين نذكر : Kopelmanas, quelques problèmes récents de l'arbitrage commercial international, RTDComm. 1957. 879; J. Robert, la convention européenne sur l'arbitrage commercial international, D. 1961, chr. P. 137 et suiv.

(3) "... Le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'éspèce."

ولو رجعنا الى قرارات التحكيم الدولي ووضعنا جانبا القرار التحكيمي رقم : 2689 الصادر عن غرفة التجارة الدولية في 1977 (1) الذي ورد به " أن القانون الواجب التطبيق هو الذي يعتبر أكثر ملاءمة لخاصيات العقد " (2) لوجدنا أن الغلبة كانت للرأي الثالث الذي يقرر أن المحكم يختار القانون الأكثر ملاءمة لحكم العقد .

ولكن كيف يتوصل المحكمون الى هذا الحل ؟

الواقع هو أنه لتحقيق هذا الحل فان المحكمين يختارون عادة بين أحد الحلول الثلاثة التالية :

فقد يلجأون الى تطبيق ما اصطلح على تسميته "بالمبادىء العامة للقانون الدولي الخاص" وهو حل غير دقيق اذ أن الاصطلاح غامض من حيث المضمون ويفتح باب التحكم أمام المحكمين (3).

وقد يلجأ المحكمون الى اعتماد أسلوب التطبيق الجامع لمناهج التنازع الواردة بالقوانين المتصلة بالنزاع (4) ، ومؤدى هذه الطريقة أن المحكم يستند في تحديده للقانون الواجب التطبيق على فكرة تلاقي في ( La convergence ) حلول التنازع التشريعي الواردة بالقوانين التي ترتبط بالعلاقة على الأقل

---

(1) Clunet 1977 ,P. 998.

(2 ) " La loi applicable est celle qui convient le mieux aux caractéristiques du contrat. "

(3 ) يراجع ما سيأتي ص 281 من هذه الرسالة .

(4) Y . Derrains, l'application cumulative des systèmes de conflits de lois intéressés au litige, Rev. arb. 1972 , P. 99.

بأحد عناصرها الأجنبية [1]، وهي قوانين يتم تحديدها عن طريق مراعاة قواعد التنازع السارية بالدولة التي ينتمي اليها أطراف العقد في حين أن البعض الآخر يضيف اليها أيضا قواعد التنازع المطبقة بمكان اجراء التحكيم [2].

---

(1) تراجع على سبيل المثال قرارات التحكيم الأجنبية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، رقم : 2438 المنشور بـ Clunet لعام 1976، ص 969، رقم 3043 المنشور بـ Clunet لعام 1978 ص 100، ورقم : 2886 المنشور بـ Clunet لعام 1976 ص 996، ورقم : 4434 لعام 1983 (Clunet 1983، 893) حيث عمد المحكم الى التطبيق الجزئي لهذه النظرية، ذلك أن المحكم انما استبعد من خلال مراعاته للأنظمة القانونية التي يرتبط بها العقد، اجراء خيار فقط بين القوانين المرتبطة بالعلاقة المتمثلة في : القانون السويسري باعتباره قانون مكان اجراء التحكيم، والقانونين الفرنسي والبلجيكي باعتبارهما قانوني الدولتين اللتين يرتبط بهما العقد، ثم عمد الى استبعاد القانون السويسري - مسايرا في ذلك المسلك العام المعتمد من أن مكان اجراء التحكيم لا يمكن اعتباره قرينة على الاختيار التشريعي للطرفين، خاصة اذا كان هذا المكان قد حدد من قبل غرفة التجارة الدولية وليس من قبل الطرفين. ثم قرر المحكم القيام بعملية التركيز الموضوعي للعقد دون أن يبين ما اذا كان قد عمد في ذلك الى تبني نظام التنازع التشريعي المأخوذ به في القانون الفرنسي أو النظام المقرر في القانون البلجيكي (في تفاصيل ذلك :

Y. Derrains et Sigrard Jarvin,
cour d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, Clunet 1983, PP. 894- 896.

(2) Y. Derrains et Sigrard Jarvin, cour d'arbitrage...., op. cit., P. 894 ( observations I ).

ويبرر الفقه ذلك بقوله أنه طالما أنه ليست هناك قواعد اسناد ملزمة للمحكم، فان له أن يعمد الى البحث عن قواعد الاسناد المعتمدة عالميا (1).

وليس يخفى أن مثل هذه الطريقة ترتكز على معطيات عملية، غير أنها لا تعتبر فعالة اذا لم تتحقق فكرة التقارب بين القوانين (2).

كما أن المحكمين قد يعمدون الى تطبيق "منهج الطريق المباشر" (3) (Méthode de la voie directe) وموءداه أن المحكمين يلجأون الى البحث عن الأحكام القانونية الواجبة التطبيق دون المرور بمنهج التنازع، وذلك اذا ما اتضح لهم أن تطبيق قانون وطني معين لا يستجيب للتوقعات المشروعة للأطراف (4)، وهي مسألة سنتعرض لها تفصيلا حين البحث عن دور المحكمين في مجال خلق القواعد المادية.

على أنه اذا كان المحكمون يملكون وسائل ثلاثا فانهم قد يعمدون الى الجمع بينهما (5).

---

(1) E. Loquin , les pouvoirs des arbitres internationaux..., op. cit. ,N.82, P. 339.

(2 ) E. Loquin, les pouvoirs...., op. cit., N. 83, P. 339.

(3 ) P. Lalive, les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, Rev. arb. 1976, P. 160 et suiv.

---

(4) يراجع في ذلك: القرار التحكيمي رقم 3540 الصادرة سنة 1980 (المنشور بـ Clunet لعام 1981 ص 915) حيث استبعد المحكم قانونين وطنيين بدعوى أن الطرفين لم يطالبا بتطبيقهما والقرار التحكيمي رقم: 3880 الصادر عام 1983 (Clunet 1983. 897).

(5) كما حدث ذلك في القرار التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية سنة 1978 في القضية رقم: 3043 (Clunet 1979, P. 1000).

وإذن، فإنه إذا لم يقم الطرفان بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهما، فإن مهمة المحكم تزداد قوة، إذ يصبح له دور خلاق في تحديد القانون الواجب التطبيق. على أنه إذا رجعنا الى غالبية قرارات التحكيم - التي اعتمدت منهج التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق - فإننا نلاحظ أن المحكمين كثيرا ما يتبعون النزعة الموضوعية، فيعمدون الى تركيز العقد الدولي تركيزا ماديا للتوصل الى تحديد القانون الذي يحكمه، ومن قبيل ذلك ما قرره المحكم الوحيد في القضية رقم: 4132 المحكوم فيها عام 1983 (1) من "أن الطرفين لم يحددا وقت ابرام العقد القانون الذي يحكم علاقتهما العقدية، وانه أمام تخلف الخيار من قبل الأطراف وانعدام كل عنصر يمكن اعتباره حاسما (ومعبرا عن ارادة الطرفين الضمنية) في تحديد القانون الواجب التطبيق، فإن اعتماد عنصر الثقل.. . يعتبر عنصرا فعالا للفصل في النزاع" (2).

وخلاصة القول هي أنه على عكس ما قد يتراءى للباحث، فإن التحكيم لم يتحرر حتى الساعة من منهج التنازع (3).

---

(1) Clunet 1983, P. 891.

(2) وقد جرى نص هذا المنطوق على النحو التالي: " Lors de la conclusion du contrat, les parties n'ont pas indiqué quel droit régissait leurs relations contractuelles. En l'absence d'un tel choix de la part des parties et de tout autre facteur de rattachement direct qui pourrait être décisif pour la détermination du droit applicable, le test de centre de gravité...serait sans doute pertinent pour trancher cette question."

وفي نفس هذا المنحى المعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق، يراجع قرار التحكيم رقم 4434 لعام 1983 والمنشور بـ Clunet لعام 1975 ص393.

(3) وهو ما أكدته الدراسة التي قامت باجرائها الاستاذة: فيدي يي جيرار في رسالتها المتعلقة بدور قاعدة الاسناد في تسوية العلاقات الدولية - المرجع السابق - بند 255، ص 207، حيث أوضحت أن غرفة التجارة الدولية قد عمدت بشأن 35 قرار تحكيم صادر عنها اعتماد قانون وطني بشأن 33 قرارا منها، وأنها قد لجأت بصدد القرارين المتبقيين فقط الى تطبيق الأعراف والعادات التجارية لحل النزاع المعروض عليها.

نعم اننا لا ننكر أن المحكمين في اطار العقود الدولية كثيرا ما يعمدون الى حل المنازعات التي تعرض عليهم مستهدين في ذلك بالعادات و الأعراف التجارية الدولية ، وهو أمر منطقي اذ أن تهرب التجار من القضاء الوطني ولجوءهم الى التحكيم يعتبر قرينة على رغبتهم في حل منازعاتهم على ضوء القواعد المتبعة داخل المجموعة المهنية التي ينتمون اليها (1).

ولكن هذا لا يعني أن قانون التجار يكتسي قوة القانون الوضعي . فذلك يستلزم اثبات شيء بديهي يتمثل في قدرة قانون التجار على تكوين نظام قانوني وضعي متكامل ، وهو أمر بعيد التحقيق حاليا (2). كما أنه لا وجود حاليا لهيأة تنظيمية واحدة تسهر على ضمان وحدة " قانون التجار " ، بل ان هناك هيآت ولو انها متعددة فهي دون مختلفة يعتمد كل منها منهجا مختلفا من حيث الغايات الايديولوجية ، وهو أمر يحول دون اعتبار هذه المجموعات المهنية وحدة متكاملة . وفضلا عن ذلك فان هذه المجموعات المختلفة لا تتفق على مفهوم موحد لقانون التجار ، وفي هذا الصدد يقرر الأستاذ فيليب كاهن ( Ph. Kahn ) (3) أنه لا يكفي وجود علاقات اقتصادية دولية منظمة ( formalisées ) بمقتضى عقود ، ليمكن القول بظهور قانون مادي مستقل للتجار ، بل يجب أيضا أن يتواجد بجانبه منظمون لهذه السوق التجارية ( opérateurs du marché international ) يكونون وحدة متجانسة

---

(1) Ph. Fouchard, les usages, l'arbitre et le juge, à propos de quelques récents arrêts français, Mélanges Goldman, spéc. P. 74 et suiv.

(2) P. Lagarde, approche critique de la lex mercatoria, Mélanges Goldman, N. 12, P. 132; Michel Virally, un tiers droit, réflexions théoriques, Mélanges Goldman, P. 388.

(3) Ph. Kahn, la lex mercatoria et pratique des contrats commerciaux ; l'expérience française, in le contrat économique international, op. cit., P. 137 et suiv.

يمكن معها الاحساس بأن هناك تضامنا مهنيا بين أعضائها ، و يعمدون الى وضع حلول متجانسة بشأن المسائل التي قد تعرض عليهم . و تطبيقا لذلك ، يشير الأستاذ : "كاهن" الى أنه في مجال العلاقات المالية التي قد تنشأ في المجال الأوروبي ، فان هذه العلاقات تربط بين مجموعات أشخاص ثلاثة ، تتمثل في : أصحاب البنوك ، و المقترضين ( emprunteurs ) المتمثلين في الشركات الكبرى ، و المقرضين ( prêteurs ) ، و أن الطائفة الأولى فحسب تعتبر مجموعة متجانسة و هو أمر من شأنه أن يحول دون خلق قانون تلقائي في السوق المالية الأوروبية .

و اذن فان التجارة الدولية واسعة المجال و متعددة الأشخاص ، و هو أمر يحول دون امكانية تنظيم أحكامها العرفية تنظيما دقيقا كما هو الأمر بالنسبة الى بقية الفروع القانونية .

و لذلك فان منهج التنازع لا زال يحتل مركز الصدارة حتى بصدد العقود التجارية الدولية . و هو أمر ان دل على شيء ، فانما يدل على أنه ، و ان كان قانون التجار موجودا من حيث النواة ، فان هذا القانون لم تكتمل له كل مقوماته بحيث يمكنه حل كل المشاكل التي تحدث بصدد التجارة الدولية . و لذلك فانه لا يمكنه في ظل الوضع الراهن حكم كل المسائل التي تطرأ بصدد العقود التجارية الدولية باعتبارها الوسيلة المجدية لتحقيق هذه التجارة . و نظرا لهذا السبب فان لجوء المحكم الى اعتماد أحكام قانون وطني ، أو على الأقل استعداده بهذا القانون ، يبقى أمرا ضروريا لكي يتمكن من حل النزاع المعروض عليه . كما أن ما اصطلح على تسميته " بقانون التجار " لا يشكل حتى الساعة نظاما قانونيا مستقلا بذاته ، بل ان الأمر لا يزال يتعلق بمجرد عادات تجارية استقر العمل على اعتمادها في

اطـار النشاط التجـارى الدولي (1).

## المـطـلب الثـانـي

## مدى قدرة العمل الدولي ( التطبيق الدولي ) على القضاء على منهـج التنـــازع .

تشمل القواعد الناجمة عما يسميه البعض بالقانون التلقائي ( droit spontané ) (2) وما يفضل البعض الاخر وصفه بالتطبيق الـــدولـــي ( la pratique internationale ) (3) خليطا من الاحكام الصادرة عن مجموعات وهيئات مختلفــة لحكم التجارة الدولية ، كالعقود النموذجية ( contrats type..... ) التي تولت وضعها منظمـة الحبوب بلندن ( London Corn Association ) والمصطلحات التجارية الدولية المعروفـة تحت اسم " incoterms" اختصارا لعبارات ( international commercial terms ) كعبارات " فوب FOB " و " كاف CAF " التي تحكم البيوع التجارية الدولية .

وان كانت هذه القواعد ،كما يتضح ، وليدة عادات اقتضتها الخصائص التي تتميز بها التجارة الدولية ، فما مـدى ابتعادها عن منهج التنـازع ؟

الواقع هو أن ابتعاد القانون التلقائي ( أو العمل الدولي ) عن منهج التنازع أو احترامـه اياه يختلف بحسب عدم حدوث نزاع أو حـصولـه .

فاذا لم يحصل أى نزاع بين أطراف العلاقة القانونية ، فان القانون التلقـائـي يلعب، دون شك دورا **مهما** ، نظرا لاحترام أحكامه من قبل الاطراف الـذيـــن

---

(1) P. Lagarde, approche critique ....,op. cit., N.9, P. 130.

(2) Loussouarn et Bourel , op. cit., N. 75, P. 72.

(3) Mohand ISSAD , op. cit., P. 93.

ينتمون الى المجموعة المهنية التي قامت بوضع هذه الأحكام .

أما اذا حصل نزاع، فان الأمر يتطلب حينئذ بعض الايضاح الذي يمكن تلخيصه في أمرين :

( أ ) ان ما اصطلح على تسميته بالقانون التلقائي لا يكتسب قوة ملزمة في مواجهة القاضي أو المحكم لأن أحكامه صادرة عن هيئات خاصة . وحتى في الحالات التي تعتمد فيها هذه الأحكام من قبل الأطراف صراحة بصدد علاقتهم التجارية ، فان كلا من القاضي و المحكم لن يستمدا من هذه الأحكام الا ما يتماشى منها مع القانون الذي يسري بانه واجب التطبيق .

(ب) وحتى في حالة تطبيق القاضي أو المحكم لأحكام القانون التلقائي ، فانهما كثيرا ما يضطران الى تكملته بأحكام مستمدة من القوانين الوضعية المرتبطة بالعلاقة محل النزاع ،لسبب بسيط وهو أن القاضي التلقائي لم تكتمل بعد قواعده ، بحيث يصبح متمتعا بذاتية خاصة و قادرا على ايجاد الحلول الكاملة للمنازعات التي يحتمل نشوءها .

وحتى يمكن التأكد من هذه الحقيقة،فاننا نأخذ البيوع التجارية الدولية كمثال على ذلك (1) .

ففي مجال هذه البيوع نلاحظ أن هناك عدة عقود قد صيغت بشأنها نماذج من قبل منظمات دولية متخصصة ، كعقود بيع تجارة الحبوب التي قامت بوضعها منظمة تجارة الحبوب بلندن ( London Corn Trade Association ) .

---

(1) يراجع في ذلك :على وجه الخصوص ، مؤلف الأستاذ :كاهن السابق الاشارة اليه ، و المتعلق بالبيوع التجارية الدولية .

كما أن غرفة التجارة الدولية قد وضعت نماذج بهذا الصدد اصطلح على تسميتها بعبارة ( INCOTERMS ) اختصارا لعبارات ( international commercial terms ) كعبارات بيع فوب و بيع كاف ، وهي عبارات تولت هذه الغرفة شرح محتواها بشكل جلي و واضح درءا لكل غموض قد يطرأ بشأنها [1]. لذلك فلا غرابة في أن نجد المحكمين قد عمدوا أحيانا الى استخدامها دون اشارتها من قبل أطراف العقد ،كما حدث ذلك في اطار قرار التحكيم رقم 3894 الصادر عام 1981 [2] اذ عمد المحكمون الى تطبيق أحكام البيع " كاف" دون أن يتمسك أطراف النزاع بهذا التطبيق بدعوى أن ال incoterms تعبر عن التطبيق الدولي في مجال التجارة الدولية .

على أنه رغم الاهتمام الذي أعطي لتنظيم البيوع التجارية الدولية بمقتضى عقود نموذجية ، و رغم الدور الايضاحي الذي حاولت غرفة التجارة الدولية أن تلعبه بهذا الصدد ، فانه يلاحظ على ذلك أمران :

أولهما : ان القواعد المهنية التي وضعت من قبل المجموعات المهنية المتخصصة وكذلك المصطلحات المستخدمة " incoterms " لا تنظم كل المسائل التي تثار بصدد عقود البيع التجارية الدولية . فهي لا تشكل وحدة قانونية كاملة ، لأن المجموعات المهنية المتخصصة قد عمدت الى وضعها لحل المشاكل التي أثيرت أمامها و التي تولت الفصل فيها باعتماد قواعد التجارة الدولية وأعرافها . كما أن الأعراف و القواعد التجارية التي تعتبر المصدر المباشر لها لا تزال قاصرة بحيث لا تعطي حلولا كافية لكل المنازعات التي

---

(1) يراجع في ذلك: F. EISEMANN, Rép. dr. int. , V° CCI, N. 60 et suiv.

(2) Clunet 1982, P. 987 .

تثار بصدد العقود التجارية الدولية (1).

يضاف الى ذلك أن الـ" incoterms " لا تحل كل المسائل المتعلقة بالبيع التجاري الدولي ، بل تتعرض لأهم المشاكل التي تثار بصدد العقود التي أريد توحيد أحكامها ، وهي المشاكل التي تتحدد بتسليم البضاعة وانتقال المخاطر، وتحمل المصاريف من قبل أطراف العقد (2)، والحلول التي وضعتها غرفة التجارة الدولية - رغم تطور عددها - لا تزال قواعد جزئية (3).

وثانيهما : ان القواعد المدرجة في اطار ما اصطلح على تسميته " بالتطبيق الدولي " تهتم أساسا بالقواعد المتعلقة بموضوع العقد ،كتحديد التزامات أطراف التعاقد و القواعد المتعلقة بتنفيذها ، و الآثار المترتبة على عدم تنفيذ هذه الالتزامات، غير أنها تبقى غير قادرة على حكم المسائل الأخرى كما هو الأمر بالنسبة الى أهلية أطراف العقد ، اذ تبقى الحاجة ماسة الى اعتماد القوانين الوطنية بصددها .

واذا كان الوضع الراهن للتطبيق الدولي لا يمنع من اعتماد القوانين الوطنية ، فاننا نعتقد أن الرجوع الى القوانين الوطنية يبقى أمرا ضروريا حتى لو تم التوصل ، عن طريق التطبيق الدولي ، الى وضع قانون دولي موحد للالتزامات. فحتى مع تحقق فرض التوحيد هذا ، فان هناك قواعد قانونية أخرى لا يمكن المحكمين تجاهلها و يكونون ملزمين باحترامها ،كالقوانين

---

(1) العميد باتيفول/أزمة العقد ( la crise du contrat )،مقال منشور بمجموعة المقالات التي قام بجمعها أصدقاؤه ، ص.407.

(2) F. Eismann , Rép. dr. int. ; V° CCI, op. cit., N. 7 0 et suiv.

(3) P. Lagarde, approche critique de la lex mercatoria, op. cit., P. 129, note 9.

المتعلقة بالصرف ، وبتنظيم علاقات العمل ، وما اصطلح على تسميته بقوانين البوليس ، لأن هذه القوانين ذات طبيعة آمرة ، وواجبة التطبيق في الدولة التي أصدرتها ، ولذلك فان المحكم حين تعيينه للقيام بحل النزاع حتى لو كان بالطريق الودي ( amiable compositeur ) ، فانه يبقى ملزما باحترام هذه القواعد الآمرة ، لأن تجاهله لهذه القواعد يجعل قرار التحكيم الصادر عنه عسير التنفيذ حتى لو كانت الدولة التي طلب منها اجراء هذا التنفيذ لا تراقب القانون الذي طبقه المحكم على النزاع . وليس يخفى أن المحكم وهو بصدد مراعاته لهذه الأحكام الآمرة ، يصبح ملزما بالبحث عن القوانين التي يرتبط بها النزاع المعروض عليه ، ليحترم الأحكام الآمرة الواردة بها ، وهو بذلك يقوم بدور لا يختلف في حقيقته ومعطياته عن الدور الذي يقوم به قضاة الدول أنفسهم (1).

ولعل هذه الحقيقة هي التي أدت ببعض الفقهاء الى التأكيد على ملاحظة مؤداها أن هناك مجالات لا يمكن أن تترك لارادة الأفراد ، وهي المجالات التي تتعلق بالسياسة الاقتصادية لكل دولة كالقوانين المتعلقة بتصدير البضائع واستيرادها . ومثل هذه الملاحظة ، اذا ما أخذت بعين الاعتبار ، فانها تؤكد استحالة وضع قواعد موحدة لدى كل الدول بصدد العقود الدولية ، اللهم الا اذا تم توحيد هذه القواعد بمقتضى اتفاقيات دولية ، وهو أمر صعب التحقيق عملا في الوقت الحاضر (2).

بل إن بعض الفقهاء ذهب الى أبعد من ذلك ، فقرر أنه لا يمكن اطلاقا

---

(1) يراجع في تأييد هذه الحقيقة : Mezger, Rev. arb. 1970, P. 174; F. Déby- Gérard, thèse précitée, N. 261-262, P. 211.

(2) A. Kopelmanas, international conventions and standards contracts as means of escaping from the application of municipal law, in "the sources of law of international trade", London 1964, P. 121.

للأعراف التي تنشأ بصدد نشاط تجاري معين أن تكوّن وحدة متجانسة بحيث يمكن معها استبعاد كل تدخل للقوانين الوطنية ، ورتب على ذلك أن "الأعراف التجارية لا تزيد عن كونها مجرد قواعد تفسيرية يلجأ اليها لتفسير بنود العقد " (1).

ان هذا التحليل المقتضب يفيد أن ما اصطلح على تسميته "بقانون التجار" ــ المكون من قرارات التحكيم الدولي ، مضافا اليها الأعراف والعادات التجارية الدولية ، والعقود النموذجية المعتمدة في النشاط التجاري الدولي ــ ليس من شأنه أن يؤدي الى استبعاد منهج التنازع كلية من اطار النشاط التجاري الدولي عموما ، والعقود التجارية الدولية خصوصا ، بل وحتى في الحالات التي يتم فيها اعتماد ما يسمى "بقانون التجار" ، فان الحاجة تكون ماسة الى تكملة هذا "القانون" بالأحكام القانونية الوطنية ، ذلك أن هذا "القانون" ، مهما قيل في الدفاع عنه لمحاولة اعتباره قانونا قائما بذاته ، لم يكتمل له كيانه القانوني بعد بحيث يجعله قادرا على حكم كل المسائل التي تثار بصدد العقود التجارية الدولية .

## المبحث الثاني
## +++++++++++++++

## العقود الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها ( أو عقود الدولة ) .

منذ أن خرجت الدولة عن وظيفتها التقليدية القائمة على أساس نظرية الدولة الحارسة وتدخلت لتنظيم العلاقات الاقتصادية ، فانها قامت بابرام

---

(1) W. Wengler, immunité législative des contrats multinationaux, R. 1971. 637, notemment P.655, note 1.

عقود كثيرة تجردت فيها من سلطتها : كالقروض ، و شراء المعدات ، و الاستثمارات لتحقيق عملية التنمية الاقتصادية .

كما أنها عمدت الى اضفاء الصفة الدولية على هذه العقود التي تتولى ابرامها (1) ، و ذلك إما بقبولها بصدد المنازعات التي تطرأ بشأنها لاختصاص جهة تحكيم دولية ، و إما باعتمادها لمبدأ اخضاع هذا العقد لقانون ما بوصفه قانون الارادة ، و هو قانون قد يتحدد بقانونها الوطني ، أو بقانون دولة أخرى . كما أن هذا القانون قد يتمثل في قواعد قانونية غير وطنية كالقانون الدولي العام ، و المبادئ العامة للقانون ، أو ما درج الفقه على تسميته " بقانون التجارة " ، الذي يتكون من مجموع العادات و الأعراف الدولية التي نشأت في اطار العلاقات التجارية الدولية .

و نظرا لأهمية العقود التي تكون الدولة أحد طرفيها ، و للمشاكل التي تطرحها ، فانها قد عنيت باهتمام الكثير من فقهاء القانون الدولي الخاص و من بينهم الأستاذ : Prosper WEIL الذي خصص لها محاضراته التي ألقاها بأكاديمية لاهاي تحت عنوان " المشاكل المتعلقة بالعقود المبرمة بين الدولة و الخواص " (2) ، كما أنها تعتبر ذات أهمية خاصة بالنسبة الى الجزائر ،

---

(1) في تحليل أكثر تفصيلا لذلك : يراجع مقال الأستاذ : محند أسعد / تحت عنوان : Les techniques juridiques dans les accords de développement économique, in " droit international du développement" - Colloque d'Alger(11-14 Octobre 1976), OPU, Alger1978,P.181 et suiv.;

Ph. LEBOULANGER, les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Ed. Economica, Paris 1985; كما تراجع مجموع الدراسات التي أجريت تحت عنوان : "les Etats et l'arbitrage", والتي تم نشرها في : Rev. arb. 1985 ; N° 4 ( )

(2) Prosper WEIL, problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, Recueil de cours, Académie de la Haye , 1969. III. 128, PP. 101 et suiv.

كما عنيت هذه المسألة باهتمام الكثير من الفقهاء الذين خصصوا لها دراسات هامة نذكر من بينهم : J. Verhoeven, contrats entre Etats et ressor-

التي عمدت الى ابرام الكثير من العقود الدولية مع شركات خاصة أجنبية لتطوير اقتصادها .

## المطلب الأول

## وضع المسألة في الفقه والقضاء الداخليين وفي القانون الاتفاقي .

لقد كان الفكر القانوني يتجه خلال القرن 19 نحو اخضاع العقود التي تكون الدولة طرفا فيها لقانون هذه الدولة .

وقد أدى اعتماد هذا الحل الى تقرير نتيجتين :

أولاهما : ان العقد المبرم بين الدولة والخواص في مجال التجارة الدولية، كان يخضع لنفس الأحكام المتعلقة بالعقود الدولية المبرمة بين الخواص فقط، ولذلك فلا غرابة في أن يكون الفكر القانوني قد قرر اخضاع هذا العقد لأحكام قانون داخلي شأنه في ذلك شأن كل عقد دولي .

وثانيهما : ان القانون الذي كان يطبق على هذا العقد كان يتحدد بقانون الدولة التي تعتبر أحد طرفيه . وقد تقرر هذا المبدأ صراحة لدى قضاء محكمة العدل الدولية الدائمة . فقد أوضحت هذه المحكمة بتاريخ 12/07/1929، بعد تأكيدها للمبدأ الهام الذي يقضي بوجوب اخضاع كل عقد دولي لقانون دولة ما، حين لا يتم ابرامه بين الدول

---

===== tissants d'autres Etats, in "le contrat économique international", éd. Pedone, 1975, op. cit., P. 111 et suiv.; J.F.Lalive, contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées ; développements récents, Recueil de cours, Académie de la Haye, 1983. III, N° 181, P. 21 et suiv.

بوصفها أشخاصا للقانون الدولي العام (1) انه " لايفترض أن دولة ذات سيادة ... تخضع أصل الدين الذى أبرمته وصحة شروط التزامها الى قانون آخر غير القانون الصادر عنها " (2)، وان كانت محكمة العدل الدولية الدائمة لا تمانع في الأخذ بغير هذا المبدأ ، اذ أجازت اخضاع مثل هذه العقود لقانون آخر مغاير للقانون الوطني ، غير أنها تطلبت اثبات ذلك باعتباره استثناء من المبدأ العام الذى وضعته (3) في

كما أن هذا المبدأ اعتمد أيضا من قبل القضاءين : الفرنسي والمقارن اللذين

---

(1) ذلك أنه لو تعلق الأمر بعقود تم ابرامها بين دولتين أو أكثر بصفتهما أشخاصا للقانون الدولي العام ،فان هذه العقود تخرج من نطاق القانون الدولي الخاص وتخضع من ثم لأحكام القانون الدولي العام وحده .
يراجع في تقرير هذا المبدأ قرار التحكيم الصادر عن المحكم كاسان CASSIN في 10/06/1955 في قضية الحمولات المحولة ( cargaisons déroutées ) في النزاع القائم بين الحكومتين البريطانية واليونانية ، والمنشور بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لعام 1956، ص 278 مع تعليق الأستاذ :باتيفول . وهو نفس المبدأ الذى أكده قرار التحكيم الصادر في قضية أرامكو ARAMCO والمنشور بالمجلة الفصلية للقانون الدولي الخاص لسنة 1963 ، ص 272 والذى علق عليه الأستاذ :باتيفول في مقاله تحت عنوان : la sentence ARAMCO et le droit international privé, R. 1964 ; P. 647 et suiv. الذى ورد به أنه "طالما أن العقد لم يبرم بين دولتين ولكن بين دولة وشركة خاصة أمريكية ،فانه لا يخضع للقانون الدولي العام" .

(2) "Un Etat souverain... ne peut être présumé, avoir soumis la substance de sa dette et la validité de ses engagements à une autre loi que sa propre loi."

(3) يراجع في ذلك الحكمان الصادران في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية ، والمنشوران بالمجلة الفصلية للقانون الدولي الخاص لسنة 1929 ، ص 427 .

ذهبا الى اخضاع العقود المبرمة بين الافراد والدولة لقوانين هذه الدولة[1]، وهو مبدأ بقي مستقرا ومعمولا به حتى بداية الخمسينات[2]، وأدى في نهاية المطاف الى ابقاء العقد المبرم ،بالرغم من صفته الدولية، خاضعا للنظام الداخلي للدولة الطرف في العقد.[3]

غير أن هذا المبدأ ،القاضي باخضاع العقود الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها لقانون هذه الدولة بدأ يتعرض لنوع من التقهقر بعد الخمسينات . فما هي أسباب ذلك ، وما هي الآثار التي ترتبت على استبعاد هذا المبدأ ؟

## الفرع الاول

## أسباب الخروج على المبدأ التقليدي الذي كان يقضي بتطبيق قانون الدولة الطرف في العقد

لو حللنا الاسباب التي ادت الى الخروج عن المبدإ التقليدي الذي كان يقضي بتطبيق قانون الدولة التي تكون طرفا في العقد المبرم ،نجد أن ذلك يرجع الى السببين التاليين :

<u>أولهما</u> : رغبة المتعاملين مع الدولة في التهرب من الآثار التي قد تترتب على خضوعهم التلقائي لقوانينها . ذلك أن الدولة قد تلجأ الى تغيير قانونها الساري المفعول وقت ابرام الاتفاق بما يتماشى ومصالحها المشروعة ، وهو أمر قد يمس مصالح الخواص المتعاملين معها وتوقعاتهم . نعم ، ان الخواص كثيرا ما يفرضون على الدولة التي يتعاقدون معها ادراج شرط في العقد المبرم

---

(1) باتيفول ولاجارد / المطول ،ج 2 ،بند 585 ،ص 298 . كما يراجع في تأكيد ذلك : رسالة العميد باتيفول تحت عنوان :تنازع القوانين بصدد العقود ،المرجع السابق : ص 106 الهامش (1) .

(2) EL KOCHEIRI, stabilité et évolution dans les techniques juridiques utilisées dans les pays en voie de développement, in " le contrat économique international" , op. cit., P. 288.

(3) القشيري / المرجع والموضع السابقان.

اصطلح على تسميته "بشرط استقرار العقد " clause de stabilisation du contrat
لمنع الدولة من تعديل أحكام القانون السارى المفعول وقت ابرام العقد . على أن ادراج مثل هذا الشرط - الذى لا يزال حتى الساعة موضع خلاف ونقاش واسعين من حيث مدى شرعيته - لا يمنع الدولة من التدخل ، وتعديله بمقتضى السيادة التي تتمتع بها . ولذلك فان ادراج هذا الشرط لا يحل المشكل المطروح اطلاقا .

كما أن الدولة كثيرا ما تضطر الى استبعاد شرط عدم المساس ببنود العقد المبرم ، لأن الدولة - خاصة اذا كانت من الدول النامية - كثيرا ما تقبل مثل هذه الشروط تحت تأثير عوامل اقتصادية يستغلها الخواص المتعاقدون معها ، فيكون قبولها لمثل هذه الشروط نتيجة اكراه تمت ممارسته في مواجهتها ، ولذلك يبقى من حقها تغيير تشريعها الداخلي المنظم لقواعد الاستثمار ، بما يكفل لها حماية مصالحها الاقتصادية . ومثل هذا التغيير يعتبر أمرا بديهيا اذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن عقود الاستثمار تبرم عادة لمدة لا تقل عن عشر (10) سنوات ، وقد تصل أحيانا الى خمسين (50) سنة ، ففي مثل هذه الحالة ليس من المعقول في شيء الزام الدولة بعدم تغيير قانونها . فاذا ما فرض مثل هذا القيد عليها ، فانه ليس هناك - في نظرنا - ما يمنعها من استبعاد هذا القيد خاصة أن المقرر في هذا الصدد هو أن تدخل الدولة لتغيير قانونها الوطني لا يحملها أية مسئولية دولية . كما أنه ليس هناك أى مبدأ في القانون الدولي العام يقضي بتحميل الدولة مسئولية دولية في حالة خروجها عن بنود العقد المبرم مع الخواص . وفضلا عن ذلك ، فان الحماية الدبلوماسية

للخواص نادرا ما يلجأ الى اعمالها بهذا الصدد ، اذ أن هذه الحماية لا تمارس من قبل الدولة التي يحمل هؤلاء الخواص جنسيتها ، الا اذا كانت هناك أسباب سياسية تدعوها الى ذلك ، كما أن الكثير من الدول النامية قد درجت حاليا على ايراد شرط اصطلح على تسميته " بشرط كالفو Clause CALVO " ضمن العقود التي تتولى ابرامها مع الخواص الأجانب ، وهو شرط يتنازل هؤلاء الخواص بمقتضاه عن حق المطالبة بالحماية الدبلوماسية للدولة التي يتبعونها ويعطى الدولة المتعاقدة جميع الحق في اخضاع كل المنازعات التي قد تطرأ بصدد العقد المبرم للاختصاص القضائي لمحاكمها ولتطبيق أحكام قانونها الوطني وحده .

وثانيهما : مرجعه - في نظر بعض الفقهاء - الى أن القانون الداخلي للكثير من الدول النامية قانون ناقص جدا ، بحيث لا يمكنه أن يحكم علاقات قانونية معقدة كالعلاقات التي تنشأ من عمليات الاستثمار ، ومثل هذا المنحى ظهر جليا في الكثير من قرارات التحكيم ، ومن قبيل ذلك ما قرره المحكم اللورد أسكويت أوف بيشوبتون ( Lord Asquith of Bishoptone ) في القضية القائمة بين Petroleum Development وشيخ أبي ظبي بتاريخ 28 أوت 1958 (1) من ضرورة تطبيق ما أسماه "بالقانون الطبيعي المعاصر" ( the modern law of nature ) بدعوى أن قانون إمارة أبي ظبي ، الذي كان من المفروض أن يطبق على النزاع ، قانون دولة بدائية جدا ( very primitive region ) ، ولا يتضمن أية أحكام خاصة بعقود استغلال

---

(1) والمنشور بـ : ICLQ Review, 1952, Vol. 1, P. 247 et suiv.; R. 1956, P. 302, note Batiffol.

البترول. و استنادا منه الى هذه الحجة الواهية، لجأ الى تطبيق القانون الانجليزي بدعوى أن ارادة الطرفين قد اتجهت الى تطبيق المبادئ المقررة في التطبيق الحسن و المشترك لمجموع الدول المتحضرة (**l'application des principes enracinés dans le bon sens et la pratique commune des nations civilisées**).

و أن القانون الانجليزي، و ان لم يكن واجب التطبيق أصلا، فان قواعده المقررة قضاء تكون الجزء الأكبر من القانون الطبيعي المعاصر. كما أن هذا المنحى قد اعتمد أيضا من طرف المحكم الثالث في قضية "حكومة قطر" الذي فسر سكوت الطرفين فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على أنه يعتبر دليلا على اتجاه ارادتهما لاستبعاد القانون الداخلي (لقطر) و اخضاع عقدهما لمبادئ "العدالة و حسن النية" (**Justice, equity and good conscience**) (1). و هو ما حدث أيضا بصدد قضية أرامكو ARAMCO اذ أن المحكم SAUSER-HALL بعد أن قرر تطبيق أحكام قانون المملكة العربية السعودية بصدد المسائل الخاضعة للقانون الخاص ارتأى " تفسير هذا القانون و تكملته بالمبادئ العامة للقانون و بالأعراف المتبعة في مجال صناعة البترول، و بمعطيات العمل القانوني المجرد " (2). بدعوى أن " عقد استغلال البترول... ينطوي بالنظر الى أطرافه و تفرعاته على الطابع الدولي... و أنه لذلك يتعين استبعاد بعض الآثار المترتبة على عقد استغلال البترول من مجال تطبيق قانون المملكة العربية السعودية ".

---

(1) في تفاصيل القضيتين: بروسبير فيل، محاضراته بلاهاي المتعلقة بالعقود المبرمة بين الدولة و الخواص، المرجع السابق، ص 166.

(2) يراجع نص هذا القرار التحكيمي بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1963 ص 316.

و مثل هذا المبدأ قد اعتمد أيضا بصدد قضية SAPPHIRE INTERNATIONAL PETROLEUM LIMITED C/ NATIONAL IRANIAN OIL COMPANY في 1963/03/15 (1).

ان أشار المحكم الأستاذ : كافان CAVIN بصدد هذه القضية الى أن. شركة الاستثمار الأجنبية تتحمل مسئولية واسعة و مخاطر كثيرة من جراء قيامها بعملية الاستثمار. و لذلك فانه " من المعقول أن تتم حماية شركة الاستثمار الأجنبية من التعديلات التشريعية التي قد تؤدي الى المساس باقتصاد العقد ،وأن تكفل لها ( أي للشركة الأجنبية ) الحماية اللازمة من الناحية القانونية. و هو ما لا يمكن تحقيقه من جراء تطبيق القانون الايراني بصدد عقد الاستثمار المبرم بين الطرفين (أي الدولة الايرانية ،و الشركة الأجنبية ) و اعطاء الدولة الايرانية الحق في تعديل القانون الصادر عنها . . . " و أضاف فيما بعد " أنه من مصلحة الطرفين في مثل هذه الاتفاقات، ألا تخضع المنازعات التي قد تثار بينهما للقوانين الوطنية لأن هذه القوانين - نظرا لما تتمتع به من خصائص ذاتية و ميزات خاصة - ليست قادرة على اعطاء حلول ملائمة لهذه المنازعات، كما أن قانون الدولة التي يتم تنفيذ الاستثمار بها معرض للتغييرات التشريعية من طرف الدولة صاحبة هذا القانون. و مثل هذه التغييرات قد يجهلها المتعاقدون معها أو قد يسيئون فهم أحكامها " .

و مثل هذا الاتجاه الهادف الى استبعاد اخضاع عقود الدولة لقانون دولة ما ، قد تأكد حديثا في قضايا ثلاث أوردها الأستاذ : ب . بوليكير -

---

(1) للاطلاع على معطيات هذا القرار التحكيمي بشكل موسع، تراجع الدراسة التي أجراها الأستاذ ج . ف. لاليف J.F.Lalive و المنشور بـ :

Annuaire suisse de droit international, 1964, tome XIX, P. 273, sous le titre suivant: " un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère."

ستيرن (B. BOLLECKER-STERN) (1) وهي قضايا متعلقة بعقود دولية لاستغلال البترول بليبيا، تتمثل في القضايا المعروفة تحت اسم: الشركة البريطانية للبترول British Petroleum، وتيكساكو Texaco، وليامكو Liamco، حيث عمد المحكمون، وهم بصدد تحديد، هم للقانون الواجب التطبيق، الى استبعاد القانون الليبي الداخلي واخضاع المنازعات المعروضة للقانون الدولي.

ولتبيان الطريقة التي اعتمدها المحكمون بهذا الصدد، نأخذ كمثال قضية تيكساكو الآنفة الذكر التي فصل فيها من طرف محكم وحيد هو الأستاذ: روني جان ديبوي، الأستاذ بجامعة نيس (بفرنسا) (2)، ففي هذه القضية يلاحظ أن المحكم تجاهل كل الظروف الفعالة التي كان من شأنها أن تحدد النظام القانوني الذي يرتبط به العقد ولجأ الى استبعاد القانون الليبي، وهو اذ قام بذلك لم يعتمد منهجا تحليليا بل اكتفى لتبرير وجهة نظره بالقول بأن استبعاد القانون الليبي يعتبر أمرا ضروريا "لأنه من غير المشكوك فيه أن هذه العقود (أي عقود استغلال البترول) تعتبر عقود دولية".

والواقع هو أن تبني هذا المنهج من طرف المحكم الوحيد، والقائم على استبعاد كل عملية لتركيز العقد المبرم، انما أريد من ورائه التوصل الى استبعاد قاعدة الاسناد السارية المفعول بليبيا باعتبارها الدولة التي يرتبط بها العقد ارتباطا وثيقا، والتي كان تطبيقها سيؤدي حتما الى اخضاع العقد

---

(1) في مقاله تحت عنوان: "trois arbitrages, un même problème, trois solutions" والذي نشر بمجلة التحكيم لسنة 1980، من ص3 الى ص43، وفي تحليل مفصل لهذه القرارات التحكيمية الثلاثة، بالاضافة الى قرارات تحكيم أخرى، تراجع: محاضرات الأستاذ ج.ف. لاليف بأكاديمية لاهاي، تحت عنوان "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة"، المرجع السابق، ص72 وما بعدها.

(2) وقد ورد عرض مفصل لهذه القضية التي صدر بشأنها قرار تحكيم فرنسي

المبرم للقانون الليبي باعتباره قانون الدولة التي يتركز فيها العقد موضوع الاعتبار.
وليس يخفى أن هذا الموقف المعتمد من طرف المحكم يخالف الحلول الفقهية المعتمدة بهذا الصدد (1).

## الفـــرع الثاني

## ثانيا - الآثار المترتبة على استبعاد المبدأ التقليدي الذي يقضي باخضاع العقد المبرم مع الدولة لقانون هذه الدولة

لتحديد هذه الآثار ظهرت أربع نظريات أساسية نوجزها فيما يلي :

فأما النظرية الأولى : فانطلاقا من مبدأ حرية الارادة، تذهب الى أن العقد يعتبر في حد ذاته كافيا لأن يحكم نفسه بنفسه.

وازاء النقد الذي وجه الى هذه النظرية، التي قال بها فقيهان هما الفقيه فيردروس VERDROSS (2)، والفقيه بوركوين BOURQUIN (3)،

---

-/- 19/01/1977 عن المحكم R. J-DUPUY أستاذ بجامعة نيس NICE
في مقال للأستاذ : J.F. Lalive تحت عنوان : un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères (Texaco-Galasiatic C/ Gouvernement lybien), Clunet 1977, PP. 319-349.
كما ورد النص الكامل لقرار التحكيم في : Clunet 1977, PP. 359-389.

(1) Ph. FOUCHARD, arbitrage et droit international du développement, actes du colloque international d'Alger, op. cit., P.480; P. LALIVE, réflexions sur l'Etat et sess contrats internationaux, IUHEI, colloque - conférences, Nº 12, 1976; J.D.M.LEW, la loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, in "le contrat économique international", op. cit., P. 151.

(2 ) VERDROSS, protection of private property under quasi- international agreements, Mélanges J. François, 1957, P. 335.

( 3) BOURQUIN, arbitration and economic development agreements the business lawyer, 1960, P. 860 et suiv.

ومرد اء أن العقد لا يمكنه أن يواجه حلولا لكل المنازعات الممكنة (1) ، فقد ارتأى هذان الفقيهان تكملة البنود الاتفاقية ببعض المبادئ القانونية التي قد تستمد من قانون وطني أو دولي ، أو من مبدإ حسن النية في التعامل ، ومثل هذه المبادئ ، إن تم اعتمادها ، فإن ذلك يحصل بوصفها قواعد مستقلة عن القوانين الوطنية وممنوحة من طرف قانون العقد نفسه ( en tant que délé- gués par la lex contractus ) (2) . وبعبارة أخرى فإن قانون العقد في نظر أنصار هذا الاتجاه ، متى طبق في اطار اتفاقات التعامل التجاري الدولي بين الدولة والخواص ، فإنه يطبق بوصفه نظاما قانونيا مستقلا يجد مصدره في توافق ارادتي الطرفين المتعاقدين .

على أنه رغم اعتماد القائلين بهذه النظرية لفكرة الأخذ بالمبادئ القانونية المكملة للبنود الاتفاقية لرفع النقص الذي قد يلحق العقود الدولية ، فإنها لم تنج من النقد سواء من طرف الفقهاء (3) أو المحكمين ( كالمحكم SAUSER-HALL في قضية أرامكو ) . ذلك أن هذه النظرية فضلا عن كونها مشوبة

---

(1) يراجع ما سبق تحليله بصدد نظرية العقد المتجرد من كل قانون ص 55 وما بعدها من هذه الرسالة ، كما يراجع بهذا الصدد : Abdelkader BOYE : l'acte de nationalisation, Dakar, 1979, P. 58.

(2) EL-KOSHEIRI, stabilité et évolution...., art. préc., P. 290.

(3) من الفقهاء الذي انتقدوها ، يراجع العميد باتيفول ، مقاله حول قرار أرامكو و القانون الدولي الخاص ، المنشور بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة 1964 ، ص 655 .

بنفس العيوب التي تتعرض لها نظرية العقد المتجرد من كل قانون ، التي سبق لنا الاشارة اليها (1) ، فان تطبيقهـا من شأنه أن يعطي الاطراف سلطة لا حـدّ لهـا .

نعم ان الواقع العملي قد كشف عن أن الكثير من عقود الدولة تتضمن أحيانا مئات الصفحات التي يحاول الطرفـان من خلالها الاجابة على كل التساؤلات التي يمكن توقعها بمناسبة تنفيذ العقد المبرم . غير أن هذه الطريقة ، فضلا عن تعقيدها ، قد تخلق مشاكل أخرى تتمثل في صعوبة التوصل أحيانا الى الاتفاق على تفسير موحد للبنود الاتفاقية ، و الى عدم القدرة على توقع كل المشاكل المحتملة (2) .

و أما النظرية الثانية : فتقول باخضاع العقد المبرم بين الدولة و الخواص للقواعد القانونية الخارجية او السابقة من حيث وجودها على وجود العقد نفسه . و قد أدى ذلك بالفقهاء المؤيدين لهذه النظرية الى اعتماد ما أسموه بـ"النظام القانوني المنابق" و هو نظام ، في نظرهم ، يتمتع باستقلال كامل عن مختلف القوانين الوطنية ( droit transnational ) و ان كان يستلهم مبادئه العامة من هذه القوانين . كما أنه يمتاز بكونه نظاما مستقلا عن النظام الدولي (3) . و بعبارة أخرى ، فان هذا النظام الخاص بالعقود الدولية ، التي تكون الدولة أحد أطرافها ، هو نظام وسط ما بين النظام الدولي و القوانين الداخلية لمختلف الدول .

---

(1) يراجع ما سبق ص55 وما بعدها من هذه الرسالة .

(2) J.F. LALIVE, contrats entre Etats..., cours professé à l'Académie de La Haye, op. cit., P. 46.

(3) يراجع في تحليل معطيات هذه النظرية : M. O'CONNEL, international law, tome 2, P.10 et P. 63; J.F.LALIVE, un récent arbitrage..., op. cit., P. 301; JESSUP, transnational law, New Haven, Yale University Press, 1956.

وقد وجدت هذه النظرية مجال تطبيق خصب لها في قرار التحكيم الصادر عن الأستاذ " كافان CAVIN " بصفته محكما في النزاع المعروف تحت اسم قضية SAPPHIRE والقائم بين شركة تدعى SAPPHIRE INTERNATIONAL PETROLEUMS Ltd والحكومة الايرانية (1) . فقد قرر المحكم في هذا القرار التحكيمي بأنه قد لجأ لفضه للنزاع الى اعتماد المبادىء العامة للقانون التي تجد مصدرها فيما درج عليه "التطبيق المشترك للدول المتمدينة" . كما أنه صرح أنه " لن يفصل في النزاع طبقا للعقد ... بل سيسعى الى استخلاص قواعد قانونية وضعية مشتركة بين الدول المتمدينة ، انطلاقا من الأحكام الواردة بمختلف القوانين الوضعية لهذه الدول ... مع قيامه ، بصدد كل قاعدة قانونية يعمد الى تطبيقها ، الى اثبات أمرين : أولهما هو أن القاعدة القانونية التي قام بتطبيقها قاعدة وضعية وثانيهما أنها قاعدة عامة " .

على أن هذه النظرية بدورها لا تخلو من النقد . فضلا عن كونها غير دقيقة ، فانها لا تبين لنا طبيعة هذا النظام القانوني المستقل للعقود الدولية الذي تنادي به (2) . كما أن هذه النظرية يعاب عليها أنها تعطي المحكمين والقضاة سلطة تحديد مضمون هذا النظام القانوني الخاص بالعقود ، بصدد كل حالة على حدة . ومثل هذه الخطورة تتجلى اذا ما عدنا الى قرارات التحكيم الثلاثة المتعلقة بالتأميمات التي أجرتها ليبيا . فالعقود

---

(1) والتي سبقت الاشارة اليها - تراجع ص 271 من هذه الرسالة .

(2) P. WEIL, cours précité, P. 184; G. DELAUME; les stipulations de droit applicable dans les accords de prêt de développement économique et leur rôle, Rev. belge de dr. inter., 1968, P.363; Michel VIRALLY, un tiers droit, Mélanges Goldman, op. cit., P. 373.

الثلاثة السابق ذكرها ، تضمنت كلها بندا مشتركا هو البند 28 الذي تمت صياغته على الوجه التالي : " ان هذا الاتفاق يجب أن يفسر طبقا لمبادىء القانون الليبي مع مراعاة المبادىء المتشابهة الواردة بالقانون الدولي ، وفي حالة عدم وجود نقاط مشتركة بين مبادىء القانون الليبي و القانون الدولي ، يتم تفسير الاتفاق طبقا للمبادىء العامة للقانون ، مع الأخذ بعين الاعتبار بالمبادىء المقررة من قبل جهات القضاء الدولي " . فلما عرضت مسألة تفسير هذا البند على المحكمين ، تباينت وجهات نظرهم بشكل رهيب . فالمحكم الأول في اطار قضية BRITISH PETROLEUM ارتأى أنه لاحترام ارادة الطرفين يجب تطبيق المبادىء العامة الواردة بالقانون الليبي وبالقانون الدولي ، ثم بعد ذلك فحسب - أي في مرحلة ثانية - يلجأ الى تطبيق المبادىء العامة للقانون (1) ، وقد أدى تفسير المحكم للبند 28 الآنف الذكر الى استبعاد قوانين التأميم الليبية ، بدعوى أن هذه القوانين تنطوي على تعسف من قبيل الحكومة الليبية ، وهو أمر غريب حقا !؟

أما في قضية تيكساكو TEXACO ، فقد قرر المحكم الرجوع الى روح القانون الليبي و ليس الى قواعده ، بدعوى أن هذه القواعد قد صدرت بارادة منفردة للحكومة الليبية و أنها لذلك تعتبر تحكمية . وباعتماده هذا المنهج ارتأى المحكم استبعاد القانون الليبي كلية ، لأن البند 28 في نظره قد أشار بصفة أصلية الى تطبيق القانون الدولي ، وبصفة احتياطية الى الأخذ بالمبادىء العامة للقانون . و انه لهذا السبب يجب تطبيق القانون الدولي على العلاقات القانونية

---

(1) يراجع في ذلك : B. BOLLECKER - STERN, op. cit., P. 26.

القائمة بين الطرفين ، موضحا في نفس الوقت أن ما يمكن أن يستمد من أحكام القانون الليبي يجب أن تندرج في اطار النظام القانوني الدولي لتطبيق بوصفها قواعد مادية .

في حين أنه في قضية ليامكو LIAMCO ، ارتأى المحكم أن البند 28 يعني أن الأحكام الواجبة التطبيق هي الأحكام الواردة بالقانون الليبي الداخلي طالما أن هذه الأحكام لا تتعارض مع أحكام القانون الدولي .

هذه القرارات التحكيمية الثلاثة تبين لنا أن فكرة النظام القانوني للعقود فكرة غامضة المضمون ، اذ أن تحديد ماهية هذا النظام قد اختلف بشأنها في قضايا ثلاث متشابهة .

في حين أن النظرية الثالثة : التي دافع عنها الأستاذ : بروسبير فيل ( Prosper WEIL ) في محاضراته بأكاديمية لاهاي [1] ، تقول بضرورة اخضاع العقود الدولية لأحكام مستمدة من القانون الدولي وحده .

وقد انطلقت هذه النظرية من فكرة أساسية مؤداها أن هناك قواعد تجد مصدرها في القانون الدولي العام يمكن اعتمادها لتحديد ما يمكن تسميته "بالقانون الدولي للعقود" ، الخاص بالعقود الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها [2] .

على أن هذه النظرية رغم كونها جذابة ، تعترضها الكثير من الصعوبات . فهي تفترض أن الفرد المتعامل مع الدولة يعتبر من قبيل أشخاص القانون الدولي ، وهو أمر غير مستقر عليه بعد . كما أن القانون الدولي لا يشمل

---

(1) محاضراته بأكاديمية لاهاي لعام 1969 المشار اليها ص 131 وما بعدها .

(2) في عرض هذه النظرية يراجع : Mahfoud BOUHACENE, droit internatio- nal de la coopération industrielle, OPU-PUBLISUD, 1982, P. 401.

حتى الساعة أحكاما مستقلة لحكم هذا النوع من العقود (1).

على أن مثل هذه الصعوبات ليست بذات أهمية في نظر الأستاذ :ب. فيل، بل تعتبر في نظره أمرا ايجابيا. فعدم شمول القانون الدولي لأحكام ثابتة ومستقلة خاصة بالعقود الدولية يسمح بوضع قواعد مرنة تواكب التطورات المستجدة، ومن ثم تساعد على انشاء نظام دولي خاص بالعقود ( droit international des contrats ). ومثل هذا النظام يتم تحقيقه انطلاقا من المبادئ الأساسية المقررة في ظل القانون الدولي العام كمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين PACTA SUNT SERVANDA" و" ضرورة مراعاة تغير الظروف REBUS SIC STANTIBUS " مع تحويرها بما يتلاءم والمعطيات الخاصة بالعقود الدولية.

على أن الأستاذ :ب. فيل، وان كان يقول بضرورة الانطلاق من المبادئ الأساسية للقانون الدولي العام لانشاء ما أسماه بـ"القانون الدولي للعقود"، يرى عدم الوقوف عند مستوى هذه المبادئ، ويقول بضرورة الاستعانة بمبادئ قانونية أخرى يتم استخلاصها من مختلف الأنظمة القانونية الوطنية وخاصة ما يتعلق منها بأحكام القانون العام الخاصة بالعقود ( DROIT PUBLIC AUX CONTRATS ) والتي يمكن استخلاصها من أحكام القانون الاداري الخاصة بالعقود. وعلى سبيل المثال، فان الأستاذ :ب.فيل يقرر أنه اذا ما تطلب الأمر تحديد القوة الملزمة للعقود الدولية التي تبرم بين الدولة والخواص بفرنسا، فان هذا التحديد يمكن اجراؤه عن طريق تطبيق المبادئ المقررة في أحكام القانون الاداري الفرنسي بصدد العقود

---

(1) F.A.MANN, reflexions on commercial law of Nations, PYBIL, 1957, P. 20 et suiv.

الادارية التي تتمثل في : مبدأ عدم المساس باقتصاديات العقد principe de l'intangibilité du contrat واحترام المصالح العليا للدولة (1).

على أنه مهما يبذل الأستاذ : ب. فيل في الدفاع عن نظريته، فان ذلك لا يمنع من أن تطبيق هذه النظرية يبقى أمرا مستعصيا. ذلك أن العصر الحديث كشف عن عدم دقة وعن نقص ما يسمى بـ "النظام القانوني الدولي". فهذا النظام ليس قادرا بعد، على أن يستجيب للمتطلبات الاقتصادية الحالية. كما أن المحكمين قد عمدوا الى التشكيك في قيمة هذا النظام القانوني لأنهم استخدموه كوسيلة لحماية مصالح الدول الكبرى على حساب مصالح دول العالم الثالث، فكانوا باعتمادهم لهذا المنحى سببا في تدهوره واضمحلاله دون السير به قدما الى الامام (2).

وفضلا عن ذلك فانه اذا كان القضاء التحكيمي والفقه قد توصلا الى وضع أحكام خاصة بالعلاقات الاقتصادية الدولية كتكريس مفهوم القوة القاهرة، وشرط "رفع الضيق المالي clause de hardship"، وتحديد نطاق التزامات الطرفين في اطار العلاقات الطويلة الأمد، فان ذلك لا يعني اطلاقا أننا أصبحنا أمام قواعد عرفية تجد مصدرها في القانون الدولي العام. ومثل هذه الحقيقة قد اعترف بها الأستاذ : ب. فيل نفسه، حينما قرر" أن القانون الدولي للعقود لا يزال الى حد ما في اطار الخلق والانشاء، وأن هذا

---

(1) محاضراته بلاهاي السابق الاشارة اليها ص 215، ويراجع بهذا الصدد أيضا بحثه تحت عنوان: un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français: le droit international des contrats, ETUDES ET DOCUMENTS DU CONSEIL D'ETAT (Français) Paris 1971, fascicule 23, P. 13 et suiv.

(2) أبو حسن محفوظ، المرجع السابق ص 393، ومحاضرات الأستاذ : R. LUZATTO بأكاديمية لاهاي تحت عنوان: International commercial arbitration and law of states, Recucil de cours, Académie de la Haye, 1977 .IV. N° 157; N. 26; P. 90.

القانون لا يزال في طور النمو، ولا يمكن القول بأنه قد وصل الى مرحلة التنظيم النهائي . "كما أضاف" أن القانون الدولي للعقود لم يصل بعد حد الثراء والدقة، فهو يتضمن مفاهيم مرنة وغير محددة على وجه الدقة . . . كما أن القواعد التي أمكن استخلاصها في هذا الاطار لا تزال غير كافية وغير دقيقة وكثيرا ما تتعارض مع بعضها البعض " (1) .

وفضلا عن ذلك، فان مؤيدي هذا الاتجاه باعتمادهم فكرة " المبادئ العامة للقانون " لم يحددوا لنا بعض المبادئ الأساسية التي يتكون منها النظام الدولي للعقود الذي يقولون به . بل ان فكرة المبادئ العامة للقانون التي ينادون بها قد تفتح المجال لتطبيق قانون دولة لم يكن ليطبق أصلا لو اعتمد منهج التنازع . وهو ما حدث مثلا في قضية "شيخ أبي ظبي" ، اذ لجأ المحكم الى استبعاد قانون امارة أبي ظبي، واستعاض عنه بالقانون الانجليزي بدعوى أن القانون الأول قانون بدائي جدا، وأن القانون الانجليزي وان كان قانونا وطنيا، يعتبر تطبيقا للمبادئ العامة للقانون المستمدة من مختلف قوانين الدول المتمدينة، وأنه لهذا السبب يكون واجب التطبيق .

والى جانب هذه الاعتبارات، تجدر ملاحظة أن المصطلحات المعتمدة في هذا الاطار غير دقيقة، فعبارة ( pacta sunt servanda ) تشير الى مبدأ عام، وهو أمر منتقد . فالمطلوب ليس الوقوف عند حد وضع مبادئ عامة، بل المهم هو تحديد مجال تطبيق هذه المبادئ العامة، وتحديد القيود التي ترد عليها (2) .

---

(1) محاضراته بلاهاي، السابق الاشارة اليها، ص 191.

(2) M. VIRALLY, un tiers droit, op. cit., P. 381.

وأما النظرية الرابعة : فهي التي اعتمدها معهد القانون الدولي ، خلال دورته المنعقدة بأثينا في شهر سبتمبر 1979. فقد أصدر هذا المعهد توصية تحت عنوان " قانون العقد في اطار الاتفاقات المبرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبي " (1).

وقد ورد بهذه التوصية حكمان عامان ورد النص عليهما في المادتين الأولى والثانية لهذه التوصية.

فأما المادة الأولى فقد جرت صياغتها على النحو التالي :

" ان العقود المبرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبي تخضع للقواعد القانونية التي يختارها الطرفان. وفي حالة تخلف مثل هذا الخيار، فان هذه العقود تخضع للقواعد القانونية التي ترتبط بها ارتباطا وثيقا ".

فهذه المادة كما يتضح من فحواها ، قد اعتمدت مبدأ قانون الارادة باعتباره مبدأ أساسيا من مبادئ القانون الدولي الخاص. ولكن يلاحظ أن هذه المادة قد استعملت عبارة " القواعد القانونية " ولم تستخدم عبارة " القانون " ، وهي ملاحظة ذات أهمية بالغة ، اذ أنها تسمح باخضاع العقد المبرم لقواعد قانونية لا تتمثل حتما في قانون دولة ما.

كما أن هذه المادة قد أوضحت أنه اذا لم يعبر الطرفان عن القواعد القانونية المختارة ، فانه يتعين تحديد هذه القواعد باعتماد معطيات النزعة الموضوعية عن طريق تركيز العقد ، دون البحث عما يسميه أنصار النزعة الذاتية بالارادة المفترضة أو الاحتمالية لأطراف العقد.

---

(1) يراجع بصدد التقارير المقدمة وملاحظات الأعضاء : حوليات معهد القانون الدولي ، العدد 57 ، ج 1 ، (1977) ص ص 209-245 وص ص 255-265. وبالنسبة الى نص التوصية ، حوليات معهد القانون الدولي رقم 58 ، ج 2 (1979) ، ص 192.

وأما المادة الثانية ،فقد بينت كيفية تحديد قانون العقد ، والخيـارات المقررة بهذا الصدد ، نصت على أنه " يمكن الأطراف، وهم بصدد تحديدهم لقانون العقد ، أن يعمدوا الى تطبيق قانون وطني ، أو عدة قوانين وطنية ، أو أن يلجأوا الى تطبيق المبادئ المشتركة بين هذه القوانين الوطنية المختلفة . كما أن لهم أن يلجأوا الى تطبيق المبادئ العامة للقانون ، أو المبادئ المطبقة في اطار العلاقات الاقتصادية الدولية ، أو القانون الدولي ، أو أن يحددوا القانون الواجب التطبيق عن طريق المزج بين مختلف مصادر القانون الآنفة الذكر " .

فهذه المادة ، كما يتضح من نصها ، قد وسعت من ماهية قانون العقد ، بحيث جعلته شاملا للكثير من القواعد القانونية دون اعطاء اعتبار ما لمصدرها ، وهي بذلك تكون قد خالفت النظريات السابقة عليها التي وقفت عند مصدر واحد .

على أننا نعتقد أن هذه النظرية التي أخذ بها معهد القانون الدولي ، وان كانت تمتاز بأنها تفسح المجال لأطراف التعاقد في تحديد القانون الواجب التطبيق ، فانها استخدمت مصطلحات لا تزال غير محددة المضمون ولا المعالم ، فتكون هذه النظرية من ثم عرضة ، بصدد كل مصدر اعتمدته ، لنفس الانتقادات التي سبق أن وجهت للنظريات السابقة التي اعتمدت أحد المصادر المعتمدة ضمن المادة 2 من التوصية الآنفة الذكر .

## المطلب الثاني

## الحلول العملية المعتمدة بصدد العقود المبرمة بين الدولة و الخواص

ان تحليل الواقع العملي المعتمد بصدد العقود الدولية المبرمة بين الدولة و الخواص يكشف عن أن المنحى العام يتجه نحو وضع قواعد خاصة ذات طبيعة دولية لحكم هذا النوع من العقود ، غير أنه أيا كانت أهمية هذه القواعد ، فليس من شأنها - كما رأينا - تحرير هذه العقود من الخضوع لأحكام قانون وطني (1) خاصة ازاء ما لوحظ أن الكثير من الدول ترفض أن يكون العقد المبرم بينها و بين الخواص خاضعا لأحكام أخرى غير الأحكام الواردة بقانونها الوطني . كما أن هذه القواعد الدولية ، مهما وصلت اليه من تطور فليس بامكانها أن تحكم كل الروابط التي قد تتولد عن العقود التي تعتبر الدولة طرفا فيها ، اذ أن الكثير من هذه الروابط يخضع لقوانين أخرى كالقانون الاداري ، و قانون العمل ، و القانون المالي ، و القواعد المنظمة للصرف ، التي تخرج كلها عن نطاق مبدإ الاستقلال الارادي .

و لتأكيد هذه الملاحظات يكفي الرجوع الى المبادئ التي تم تأكيدها في بعض العقود ، و قرارات التحكيم ، و الى الأحكام التي وضعتها الاتفاقية المبرمة تحت رعاية البنك الدولي لاعادة البناء و التنمية ( B.I.R.D ) الموقعة في 1965/03/18 ، و المتعلقة " بتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بين دولة ما و مواطني الدول الأخرى" (2) .

---

(1) يراجع ما سبق ص 269 وما بعدها من هذه الرسالة .

(2) وقد ورد نص هذه الاتفاقية بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لعام 1968 ، ص 128 .

## الفــــرع الأول

### المبادئ المعتمدة في العقود وقرارات التحكيم بصدد العقد المبرم بيـن الدولـة والخواص :

1 ) بصدد العقود : لقد لوحظ من الناحية العملية أن هناك عقودا تم ابرامها دون تحديد للقانون الذي يتعين اللجوء اليه لحل النـزاعات التي قد تثار بشأنها، أي أنها لا تشير الى اعتماد قانون وطني معين. بل كـل ما يقـرر بصددها هو ضرورة حل النزاع الذي قد يحدث بين الطرفـيـن " عن طريق مراعاة مبادئ العدالة والمبادئ القانونية المعترف بها عموما من طرف الدول، خاصة في اطار القانون الدولي " (1). وليس يخفى أن اعتماد مثل هذه الطريقة لا يساعد على حل النزاع، بل يـزيده تعقيدا لأن المصطلحات المستخدمة هي نفسها تحتاج الى الايضاح، وقد يؤدي تفسيرها الى تغايـر في الحلول المعتمدة.

كما أن هناك حالات تتم فيها الاشارة صراحة الى تطبيق أحكام القـانون الدولي العام، غـير أن مثل هذه الاشارة الصريحة الى تطبيق القانون الدولي العام نادرة الوقوع من الناحية العملية. فكـثيرا ما تتم الاشارة الى تبـنـي مبادئ عامة كـتنفيذ العقد استنادا لمبادئ "حسن النية" و "العـقـل" و"العدالة" و "المبادئ العامة للقانون". وكمثال على ذلك يمكن الاشارة الى الاتفاق الحاصل بين الشركة الوطنية العراقية للبترول Irakian National Oil Compagny "INOC" ) مع الـ E R A P سنة 1968 اذ ورد به ما يلي : " ان محكمة التحكيم تفصل في النزاع اعمالا لقواعد العدالة وطبقا للمبادئ القانونـيـة

---

(1) من قبيل الأمثلة على ذلك العقد المبرم سنة 1966 بين الشركة : ERAP والشركة الايرانية NIOC لاستغلال البترول بايران، مشار اليه في : B. GOLDMAN, droit du commerce international, cours polycopié, les cours de droit (1970-1971), P. 432.

المعترف بها في المجال الدولي " ، وعوبند ، كما يبدو ، غير دقيق من حيث طريقة صياغته ، اذ يعطي المحكم سلطة واسعة في تحديد القانون الذي يتولى على ضوئه حل النزاع ، كما أنه ، فضلا عن ذلك ، يؤدي الى زعزعة الأوضاع والمراكز القانونية بدلا من تثبيتها ، وذلك لصعوبة تحديد المصطلحات المستخدمة تحديدا دقيقا .

2 ) في اطار قرارات التحكيم : الواقع هو أن قرارات التحكيم غير متطورة بهذا الصدد . وباستقرائها يتضح ، طبقا للنتائج التي توصل اليها الأستاذ : ب . فيل في محاضراته بلاهاي (1) ، أن قرارات التحكيم كثيرا ما تكون غير واضحة .

فتحليل قرارات التحكيم يتبين أنها كثيرا ما يشوبها الغموض . ذلك أن هذه القرارات كثيرا ما تصاغ صياغة غير دقيقة وتستعمل عبارات غامضة بحيث تؤدي الى تفسيرات عديدة ومختلفة بصددها . ومما يزيد السطين بلة ، هو أنها قد تلجأ الى اعتماد أحكام قانونية دون أن تبين النظام القانوني الذي تم الاتكاء عليه للتوصل الى تطبيق هذه الأحكام . ومن قبيل ذلك قرار التحكيم الصادر عن المحكمين ريبير وبانشو ( RIPERT et PANCHAUD ) ، اذ أن المحكمين قد طبقا قاعدة قانونية بصدده دون تحديدهما للنظام القانوني الذي استخلصا منه هذه القاعدة (2) . كما أن القرارات التحكيمية التي تقرر تطبيق أحكام القانون الدولي قلما تستخدم مصطلحات واضحة المدلول . فالمفاهيم التي تستخدمها كثيرا ما تكون مثار نقاش . ومن قبيل ذلك اعتماد هذا لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " ( Pacta Sunt Servanda )

---

(1) محاضراته السابق الاشارة اليها ، ص 4 16 وما بعدها .

(2) يراجع في ذلك : قرار التحكيم الصادر بتاريخ : 2/7/1956 بين S.E.E.E و الحكومة اليوغسلافية ، ومنشور بـ : Clunet لعام 1959 ، ص 4 107 .

و اشارتها الى مفهوم دولي للقوة القاهرة ، ونص المحكمين فيها على تطبيق "المبادىء العامة المتعارف عليها دوليا" .

ولتوضيح هذا الغموض الذي قد يلحق قرارات التحكيم ، نأخذ على سبيل المثال قرار التحكيم الصادر في قضية أرامكو ( ARAMCO ) ، فقد ورد بهذا القرار ما لا يقل عن أربع عشرة صفحة لتحديد القانون الواجب التطبيق . فبعد أن أشار رئيس محكمة التحكيم السيد : SAUSER-HALL الى أن العقد "عملية تخضع بالضرورة لأحكام قانون وضعي (1) ، وأن مثل هذا العقد لا يخضع لأحكام القانون الدولي ، وأن تحديد القانون الواجب التطبيق يجب أن يتم تبعا لذلك على ضوء مبادىء القانون الدولي الخاص (2) ، توصل الى القول بضرورة تطبيق قانون المملكة العربية السعودية بوصفه قانون الارادة (3) .

على أن المحكم بعد تأكيده لهذا المبدأ التقليدي الهام ، تراجع عنه رويدا رويدا . فقرر بهذا الصدد بشأن هذا القانون ( أي قانون المملكة العربية السعودية ) يتعين تفسيره وتكملته عند الاقتضاء "بالمبادىء العامة للقانون ، والعادات المتبعة في مجال صناعة البترول ومعطيات العلم القانوني المجرد " بدعوى أن الأمر يتعلق في هذه القضية بالاعتراف لصاحب الامتياز ( concessionnaire ) ببعض الحقوق الخاصة وأن مثل هذه الحقوق لا يمكن أن تتحقق له اذا ما تم تطبيق القانون السارى المفعول بالمملكة العربية السعودية " (4) .

---

(1) R. 1963, P. 312.
(2) R. 1963, P. 313.
(3) R. 1963, P. 314.
(4) R. 1963, P. 316.

وباعتمادها لهذا المنهج في التحليل ، فان محكمة التحكيم توصلت الى تجزئة العقد . فميزت بصدده بين مسائل القانون الخاص (و أخضعتها للقانون السعودي) و الآثار الدولية المترتبة على الامتياز ( concession ) ، مثل بيع البترول و نقله (فأخضعتها لأعراف القانون البحري و تجارة البترول الدولية ) (1) و المسائل التي لا تخضع للقانون الداخلي لأية دولة كعملية النقل التي تنفذ في أعالي البحار ( فقررت اخضاعها للقانون الدولي ) (2). ومن الواضح أن تعداد المنهج لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يؤدي الى تجزئة العقد ، بدلا من تأكيد وحدته و تماسكه .

هذا ، وما دمنا بصدد الاشارة الى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تثار بصدد عقود الدولة ، فاننا نلاحظ أن المحكمين كثيرا ما يعمدون الى استبعاد قانون الدولة التي يباشر فيها النشاط ، و أنهم في سبيل تحقيقهم هذا الهدف كثيرا ما يلجؤون الى وسيلتين :

فأما أولاهما : فتؤسس على فكرة واهية مؤداها أن قانون الدولة التي تكون طرفا في الاتفاقية قانون ناقص وليس قادرا على حكم العقد الدولي موضوع الاعتبار ، و أنه نظرا لهذا النقص ، يتعين استبعاد هذا القانون و احلال قانون آخر مكانه . ومثل هذه المناهج في التحليل استعملت بصدد عدة قرارات تحكيم نذكر من بينها قرار التحكيم الصادر في قضية شيخ أبي ظبي السابق الاشارة اليها (3).

فقد قرر الحكم بمقتضى هذا القرار أنه " طالما أن العقد قد أبرم بأبي ظبي و أنه ينفذ بها بكامله ، فانه اذا ما استلزم الأمر تطبيق قانون ما ، فانـــه

---

(1) R. 1963, P. 317 .

(2) R. 1963, P. 318 .

(3) يراجع بصدد هذا القرار ما سبق ص269 - 270 من هذه الرسالة .

من الأولى تطبيق قانون أبي ظبي ". غير أن المحكم لجأ الى استبعاد قانون إمارة أبي ظبي ،بدعوى أن قانونها يرتكز على القرآن الكريم و أن القرآن الكريم في نظره " يتضمن فقط النص على مبادئ العقد الذي و أنه لهذا السبب ليس كافيا لحل النزاع. كما أن امارة أبي ظبي تعتبر منطقة بدائية جدا و تفتقر الى قانون تجارة حديث". وباعتماده لهذا الأسلوب في التحليل، قرر استبعاد القانون المحلي ( أي قانون أبي ظبي ) على الرغم من أنه كان بامكانه أن يتوصل الى استخلاص مبادئ عامة ترتكز على العقد والتي تستمد من القرآن الكريم ليتولى على هديها الفصل في النزاع المثار أمامه (1).

كما أن المحكم ألفريد بيوكنيل ( Alfred BUCKNILL )، في قضية قطر - على الرغم من استشارته لمستشارين هما السيد : أندرسون ANDERSON والأستاذ : ميو MILLOT - تمسك في استبعاد قانون قطر بدعوى " أن هذا القانون لا يتضمن أية مبادئ كافية لتفسير العقد موضوع النزاع" (2).

وكذلك فان هيأة التحكيم في قضية أرامكو الآنفة الذكر قد طبقت قانون المملكة العربية السعودية بصفة جزئية فقط، بدعوى أن بعض آثار عقد استغلال البترول يجب أن تفلت من القانون السعودي لأسباب موضوعية، على الرغم من أن هيأة التحكيم قررت صراحة في البداية تطبيق القانون السعودي. كما أن تطبيق هذا القانون كان أمرا لازما، فالعقد كان يتضمن دولة من بين طرفيه، و ان المقرر عالميا في القانون الدولي هو أن الدولة تتمتع بالسيادة

---

(1) Amor ZAHI, l'Etat et l'arbitrage, thèse Université d'Orléans, 1977, Publications OPU-PUBLISUD, Alger, 1979, P. 224.

(2) " The law (of Qatar) does not contain any principles which would be sufficient to interpret this particular contract."

لحين اثبات العكس ، و انها تخضع التعهدات التي تجريها لقانونها الوطني[1].

و أما ثانيتهما : فتتمثل في اللجوء الى فكرة القانون الطبيعي و قوانين الدول المتمدينة . و مثل هذا الأمر ظهر في الكثير من قرارات التحكيم . فقد حدث ذلك في قضية أبي ظبي حيث لجأ المحكم " اللورد آسكويث أوف بيشوبتون " الى تطبيق ما أسماه بالقانون المعاصر الطبيعي " ، وفي قضية قطر حيث أعتمد المحكم " ألفريد بيركنيل فكرة " العدالة الطبيعية ( بدعوى ) أن تطبيق القانون الاسلامي (الساري المفعول بقطر ) من شأنه أن يؤدي الى عدم نفاذ بعض أجزاء العقد ". كما أن مثل هذا الأمر قد حصل أيضا في قضية سابفير SAPPHIRE اذ عمد المحكم السويسري "بيير كافان Pierre CAVIN " الى تطبيق ما أسماه بمبادىء القانون المعترف بها لدى الأمم المتمدينة " . وكان من الممكن أن يحصل كذلك بصدد النزاع الذي نشب بين الجزائر و الشركة الفرنسية TRAPAL بتاريخ 9 أبريل 1964 بشأن بناء الانبوب الثالث الرابط بين حاسي مسعود و آرزيو ، لو لم يتم حسم النزاع بالطريق الودي بعد أن رفضت الجزائر أسلوب التحكيم ، لأن التحكيم كان سيؤدي الى اخضاع هذا النزاع لاتفاق 26 جوان 1963[2] والذي كان ينص على تطبيق "المبادىء العامة للقانون" .

و الواقع هو أن فكرة القانون الطبيعي فكرة واجبة الاستبعاد لأن هذا الاصطلاح قد استخدم كوسيلة لاستبعاد قانون الدولة التي لها مصلحة في حكم العقد لتعويضه بمبادىء قانونية مستمدة من قوانين الدول الغربية التي

---

(1) Mohand ISSAD, les techniques juridiques ...., op. cit., P. 12.

(2) في تفاصيل ذلك : عمور زاهي ، رسالته الآنفة الذكر ، ص 222 .

يؤدى تطبيقها الى تحقيق حماية قصوى للشركات الاحتكارية على حساب الدول التي لا تزال في طريق النمو. كما أن فكرة " الأمم المتمدينة " التي تكررت كثيرا في قرارات التحكيم ، فكرة عنصرية و اجبة الاستبعاد . فهي ترتكز على تقسيم لدول المعمورة ،قال به بعض الفقهاء الغربيين ، وهو تقسيم ليس له ما يبرره لا من الناحية القانونية ولا من الناحية الواقعية ، كما أنه يتعارض مع مبدا المساواة بين الدول الذى تقرر صراحة بمقتضى ميثاق الأمم المتحدة .

## الفـرع الثانـي

## المبادىء المعتمدة في ظل الاتفاقية المتعلقة بالبنك الدولي لاعادة البناء والتنمية

و اذا كان الواقع العملي قد كشف عن أن الغموض و الاضطراب لا يزالان يعتبران السمة الخاصة للعقود ولقرارات التحكيم التي حاولت الابتعاد عن أحكام القوانين الوطنية ،فان مثل هذه الملاحظة تصدق أيضا بصدد الاتفاقيات الدولية .

و لتأكيد هذه الحقيقة ، نشير الى الاتفاقية المتعلقة بال B.I.R.D و الموقعة بتاريخ 1965/03/18 .

فهذه الاتفاقية قد استهدفت أساسا اعطاء أطراف علاقات الاستثمار (المتمثلين في الدولة و الخواص المتعاقدين معها ) حرية واسعة في حل النزاعات التي قد تنشأ بينهم . ولذلك فانها أجازت لهم اللجوء الى المصالحة و الى التحكيم . فاذا ما فضل الأطراف عرض نزاعهم على هيأة تحكيم ،فان هذه الاتفاقية (1)

---

(1) بصدد الدول الموقعة على هذه الاتفاقية ،يراجع : Ph. KAHN, Rép. dr. int. V° investissement , N. 95 et suiv. وقد تم نشر هذه الاتفاقية

رسمت لنبذء الهيأة كيفية حل النزاع المعروض عليها بمقتضى مادتها الـ 42 التي نصت على ما يلي :

"المادة 42 (1) : تتولى محكمة التحكيم الفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية المعتمدة من قبل الأطراف. وفي حالة عدم الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة، فان المحكمة تطبق قانون الدولة التي تكون طرفا في الخصومة، بما فيها قواعد التنازع و مبادئ القانون الدولي المتعلقة بموضوع النزاع".

"المادة 42 (2) : لا يجوز لمحكمة التحكيم أن تمتنع عن الفصل في النزاع، بدعوى سكوت الأطراف أو غموض القانون".

فاذا ما حللنا هذه المادة، فاننا نجدها تفرق بين وضعين :

<u>الوضع الأول</u> : يتعلق بالحالة التي يتفق فيها الأطراف على تطبيق أحكام قانونية معينة . ففي مثل هذا الفرض، يكون المحكم ملزما بمراعاتها .

على أنه اذا كان المبدأ المقرر في حد ذاته لا يثير اشكالا، فان الأمر يختلف اذا ما استدعى الأمر تحديد المقصود بعبارة " الأحكام <u>المعتمدة</u> من قبل الأطراف" ( règles de droit <u>adoptées</u> par les parties ).

فعبارة "الأحكام المعتمدة" قد توحي بأن الاتفاقية قد أخذت " بنظرية العقد المتجرد من كل قانون". كما أن عبارة " الأحكام القانونية" قد وردت

---

-/ب : R. 1968, P. 128 ، وقد كانت هذه الاتفاقية محل تعليق واسع - يراجع بصدد ذلك تقرير الأستاذ : B.GOLDMAN تحت عنوان : le droit applicable selon la convention de la BIRD، المنشور ضمن سلسلة التقريرات التي تم نشرها تحت عنوان : Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, Centre de recherches de la faculté de Dijon, Paris 1969, P. 133 et suiv.

كما يراجع بهذا الصدد أيضا : G.R.DELAUME, la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et erssortissants d'autres Etats, Clunet 1966, P. 26 et suiv.

مطلقة بدون تقييد ،ولهذا السبب كان بعض الفقه ارتأى تفسيرها تفسيرا موسعا ،بحيث تتسع لتشمل الى جانب القوانين الوطنية ، الأحكام غير الوطنية التجارية (1).

الوضع الثاني : وتندرج ضمنه حالة سكوت الأطراف عن بيان الأحكام القانونية الواجبة التطبيق ، وهنا آثرت الاتفاقية تطبيق قانون الدولة التي تكون طرفا في العقد موضوع النزاع.

وهذا المبدأ الذي أخذت به الاتفاقية يثير ملاحظتين :

1 ) فلقد أوضحت الاتفاقية أنه بالامكان تطبيق قواعد الاسناد الواردة بالدولة الطرف في العقد ،وهو أمر يؤدي الى احتمال اخضاع النزاع المتصل بهذا القانون لقانون دولة ثانية.

2 ) كما أن هذا المبدأ يدعونا الى التساؤل عما اذا كان يتعين تطبيق القواعد القانونية السارية بالدولة الطرف في العقد وقت ابرام هذا العقد ، أو أنه يجب تطبيق الأحكام القانونية المعتمدة بهذه الدولة في الوقت الذي يفصل فيه المحكم في النزاع ؟

لقد أجابت المادة 42 (1) في عجزها على هذا التساؤل ، فقررت ان ذلك يجب أن يتم على ضوء "مبادئ القانون الدولي ".

غير أن هذه العبارة ليست واضحة المعالم ، فهي لا تبين لنا ما اذا كان يتعين تطبيق الأحكام الواردة بقانون الدولة وقت ابرام العقد أو الأحكام القانونية المعمول بها وقت الفصل في النزاع ، خاصة وأن عبارة "مبادئ القانون

---

(1) يراجع في هذا المنحى : B. GOLDMAN, droit applicable selon la convention B I R D , P. 145; G.R.DELAUME, la convention pour le règlement ...,op. cit., Clunet 1966 , P. 47 .

الدولي " عبارة فضفاضة وغير محددة المضمون . لذلك فلا غرابة في أن نجد بعض الفقه الفرنسي ، يتزعمه الأستاذ ب . جولدمان ، سعيا منه الى حماية الخواص ، قد ارتأى انه ، تطبيقا لمبادئ القانون الدولي ، يتعين استبعاد التعديلات التي قد تلحق قانون الدولة (صاحبة المشروع الاستثماري)(1) بدعوى أن تطبيق مبدأ ( Pacta Sunt Servanda ) المعتمد في ظل القانون الدولي يحول دون اخضاع الخواص للتعديلات اللاحقة التي قد تطرأ على قانون الدولة مستقبلا .(2) كما أن الأستاذ :ب . فيل ، يرى أن الدولة صاحبة المشروع ، تكون ملزمة ، حين اجرائها لأي تعديل تشريعي ، بمراعاة عدة شروط ، بعضها يتصل بالعقد المبرم ويتمثل في كون المصلحة العامة هي التي أدت بالدولة الى تعديل قانونها ، وعدم مساس هذا التعديل التشريعي بالاتفاقات المالية وبشرط التحكيم . أما البعض الآخر ، فذو طبيعة خارجية محضة مؤداه أن التعديل التشريعي لا يمكن

---

(1) يقارن ؛ B. GOLDMAN, droit applicable..., op. cit., P. 153 وفي انتقاد هذا المبدأ ، والمطالبة بتعديل القواعد التقليدية التي تحكم عقود دول العالم الثالث : S.K.B. ASANTE, stability of contractual relations int the transnational investment process, ICLQ, 1979, P. 401.

(2 ) S.K.B .ASANTE, ibid.

أن يكتسب صفة الشرعية الا اذا كان موفقا بتعويض ملائم ( compensation adéquate ). فاذا ما عمدت الدولة الى تعديل تشريعها دون احترامها لهذه القيود ،فانها تكون عرضة للمسئولية الدولية.(1)

ومن الواضح أن الأستاذ : ب . فيل، باعتماده لهذا المبدأ ، يكون قد لجأ الى تطبيق نفس القواعد المقررة في ظل القانون الادارى الفرنسي التي وضعها مجلس الدولة الفرنسي ،والتي أوجب على الارادة احترامها حين تعديلها لبنود العقد الادارى حتى لا تكون عرضة لأحكام المسئولية الادارية .

---

(1) Prosper WEIL, un nouveau champ d'influence..., op. cit., P. 24.

خلاصة القسم الأول :

من خلال ما سبق ،يتضح لنا أن الفكر القانوني لم يتوصل بعد الى تعريف ماهية العقد الدولي . فقد ارتأينا أن هناك معيارين يتنازعان مسألة تحديد هذه الماهية ، وهما : المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي . كما لاحظنا أن أنصار المعيار القانوني ، وان كانوا قد اتفقوا على اضفاء الصفة الدولية على العقد متى كان مرتبطا بأكثر من نظام قانوني ،فانهم لم يتفقوا حتى الآن على ضوابط الارتباط التي يتعين اعتمادها لاضفاء هذه الصفة عليه . واتضح لنا أيضا أن المعيار الاقتصادي يقف عند مصالح التجارة الدولية وحدها للقول بأن العقد يعتبر دوليا متى كان يؤدي الى المساس بهذه المصالح . وقد بينا أن كلا المعيارين لا يعتبر كافيا في حد ذاته لتحديد ماهية العقد الدولي بشكل واضح ودقيق ، وأنه يتعين تطبيق المعيارين تطبيقا جامعا . وهو ما أخذت به الكثير من أحكام القضاء الفرنسي وما اعتمده القضاء الأمريكي ، وتبنته قرارات القضاء التحكيمي أيضا .

وفيما يتعلق ببيان القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، حللنا المبدأ القاضي بوجوب ربط العقد الدولي بقانون دولة ما ، وأشرنا الى أن

هذا المبدأ قد تأكد على مستوى الأنظمة القانونية الوطنية المختلفة وعلى الصعيد الدولي أيضا . كما بينا أن هذا القانون يتحدد أساسا بما اصطلح على تسميته بقانون الارادة ، وان كانت هناك ضوابط اسناد أخرى قد تدخلت الى جانب هذا الضابط، إما لتنازعه مركز الصدارة الذي أصبح يتمتع به أو لتكملته بحيث اذا ما استحال تطبيقه لجيء الى الاستعاضة عنه بضابط آخر .

كما أوضحنا أنه اذا كان المبدأ المعمول به حاليا هو وجوب ربط العقد الدولي بقانون دولة ما ، فان التحكيم والعمل الدوليين قد استهدفا المساس بهذا المبدإ ، بحيث حاولا اخضاع العقد الدولي لأحكام مستقلة عن الأنظمة القانونية الوطنية، بدعوى أن مثل هذه الأحكام هي وحدها التي تتماشى ومتطلبات النشاط التجارى الدولي . وحاولنا أن نبين أنه مهما بذل مؤيدو هذا الاتجاه من جهود في هذا المضمار ، فان ذلك ليس من شأنه استبعاد المبدإ العام الذي أكدناه والذي يكمن في ضرورة اللجوء الى القوانين الوطنية لحكم الاشكالات التي قد تطرأ بصدد العقود الدولية . ذلك أن

التحكيم والعمل الدولي مهما قيل بشأنهما من مزايا ومهما بذل من جهود لتطويرهما، لايزالان ناقصين وليسا قادرين في الظروف الراهنة على حل كل المشاكل التي تنشأ في مجال العقود الدولية.

واذن، فان ربط العقد الدولي بقانون وطني يبقى، في ظل الوضع الراهن، أمرا ضروريا. واذا كان الأمر كذلك، فلنا أن نتساءل الآن الى أي مدى يمكن لقانون العقد، بهذا المعنى، أن يحكم مسائل المسئولية العقدية التي قد تترتب نتيجة اخلال أحد الطرفين بالعقد المبرم، وهو ما سنتناوله بالتحليل في القسم الثاني من هذه الرسالة.